

DE ROL VAN NEDERLANDSE WERKNEMERS(VERTEGENWOORDIGERS)
BIJ EEN GRENDOVERSCHRIJDENDE JURIDISCHE FUSIE

SERIE VANWEGE HET
VAN DER HEIJDEN INSTITUUT TE NIJMEGEN
ONDER REDACTIE VAN
PROF. MR. G. VAN SOLINGE
PROF. MR. M. VAN OLFFEN
PROF. MR. M.P. NIEUWE WEME
PROF. MR. C.D.J. BULTEN

DEEL 119

DE ROL VAN NEDERLANDSE
WERKNEMERS(VERTEGENWOORDIGERS)
BIJ EEN GRENDOVERSCHRIJDENDE
JURIDISCHE FUSIE

Een onderzoek naar de vennootschappelijke en ondernemingsrechtelijke
medezeggenschapsrechten van de Nederlandse werknemer

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad van doctor
aan de Radboud Universiteit Nijmegen
op gezag van de rector magnificus prof. mr. S.C.J.J. Kortmann,
volgens besluit van het college van decanen
in het openbaar te verdedigen op dinsdag 3 december 2013
om 16.30 uur precies

door

Femke Geesje Laagland
geboren op 8 mei 1979
te Rheden

Deventer: Kluwer 2013

Promotor:

Prof. mr. L.G. Verburg

Manuscriptcommissie:

Prof. mr. G. van Solinge

Prof. mr. C.D.J. Bulten

Dr. R.H. van het Kaar, Universiteit van Amsterdam

Omslagontwerp: Bert Arts bNO

ISBN 978 90 13 11895 7

ISBN 978 90 13 11896 4 (E-book)

NUR 827-715

© 2013, F.G. Laagland

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h t/m 16m Auteurswet jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor verschuldigde wettelijke vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Op alle uitgaven van Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op www.kluwer.nl.

VOORWOORD

De grensoverschrijdende juridische fusie biedt kapitaalvennootschappen een belangrijk instrument tot samenwerking binnen de Europese Unie. Sinds 15 juli 2008 staat het Nederlandse recht kapitaalvennootschappen toe juridisch te fuseren met kapitaalvennootschappen opgericht naar het recht van een andere EU-lidstaat. Aan de wettelijke regeling ligt de Tiende Richtlijn ten grondslag. De Tiende Richtlijn was er niet zomaar. De grootste hobbel vormde de rol van werknemers, in het bijzonder de regeling inzake de vennootschappelijke medezeggenschap. De lidstaten zijn uiteindelijk – na meer dan dertig jaar discussiëren – tot een compromis gekomen. De wijze waarop aan de rol van werknemers op Europees niveau inhoud is gegeven alsmede de uitwerking van de regelgeving voor de Nederlandse werknemers, leidt tot complexe vragen; niet in de laatste plaats door het samenspel van verschillende rechtsgebieden. Op dit boeiende thema promoveerde mevrouw mr. F.G. Laagland op 3 december 2013 aan de Radboud Universiteit Nijmegen. Haar promotor was prof. L.G. Verburg. De studie verschijnt als deel 119 van de Serie vanwege het Van der Heijden Instituut.

Centraal staat in dit proefschrift de rol van Nederlandse werknemers (vertegenwoordigers) bij grensoverschrijdende juridische fusies. Onder de rol van werknemers verstaat mevrouw Laagland zowel de vennootschappelijke als de ondernemingsrechtelijke medezeggenschap. De praktijk leert dat er nog weinig grensoverschrijdende juridische fusies plaatsvinden waarbij werknemers zijn betrokken. De complexe regeling met betrekking tot de rol van werknemers is daaraan zeker debet. Deze studie biedt een fundamentele analyse van de wettelijke regeling en maakt inzichtelijk hoe de regels moeten worden toegepast in de situatie dat een Nederlandse vennootschap tot grensoverschrijdend fuseren besluit. Het bijzondere aan de studie is de praktische toepassing van de regeling op cases. Aan de hand van voorbeelden illustreert de auteur hoe de regeling uitwerkt en maakt zij inzichtelijk op welke punten de regeling tekortschiet. Voor de knelpunten formuleert zij oplossingen die aansluiten bij de uitgangspunten die aan de Europese regeling ten grondslag liggen. Vanwege de uitputtende beschrijving en de toepassing van de regels op de situatie dat een Nederlandse vennootschap bij de fusie als deelnemende vennootschap optreedt, is de studie een belangrijke aanwinst voor de praktijk. Het boek is daarnaast wetenschappelijk van waarde. De hoofddoelstelling van de Tiende Richtlijn is ‘het vergemakkelijken van grensoverschrijdende fusies’. Het toekennen van een rol aan werknemers staat met deze doelstelling op gespannen voet. Het proefschrift maakt inzichtelijk hoe het vennootschapsrecht en het medezeggenschapsrecht zich op Europees niveau tot elkaar verhouden en in hoeverre de concrete uitwerking van de tot stand gebrachte regelgeving voldoet aan de uitgangspunten waarop de regels zijn gebaseerd.

Het onderzoek begint met een weergave van de Europese regels die op het terrein van de grensoverschrijdende fusie en de daarbij behorende rol van werknemers tot stand zijn gebracht. Ook de sluimerende en ingetrokken communautaire initiatieven krijgen aandacht. Op basis van deze analyse formuleert mevrouw Laagland de uitgangspunten die de basis vormen voor de oplossingen van de in het vervolg van haar studie geconstateerde knelpunten. Het vervolg kenmerkt zich door een tweedeling. Eerst worden de vennootschappelijke en daarna de ondernemingsrechtelijke medezeggenschapsrechten van de Nederlandse werknemers besproken.

Bij de vennootschappelijke medezeggenschap richt de auteur zich op de oplossingen die het Europese recht biedt om het verlies van de deze vorm van medezeggenschap bij een grensoverschrijdende fusie te voorkomen. Op een gedetailleerde wijze wordt met betrekking tot Nederland, Duitsland en België uiteengezet hoe het nationale vennootschappelijke medezeggenschapsterrein eruit ziet en op welke wijze de drie lidstaten de regeling uit de Tiende Richtlijn hebben geïmplementeerd. Op basis van deze beschouwingen analyseert de auteur of de Tiende Richtlijn beschermt wat vanuit Nederlands perspectief bescherming verdient. De studie vervolgt met een bespreking van de ondernemingsrechtelijke medezeggenschapsrechten van de Nederlandse werknemers. Achtereenvolgens komen aan bod de invloed die de Nederlandse (centrale) ondernemingsraad en de Europese ondernemingsraad kunnen uitoefenen op het besluit tot grensoverschrijdend fuseren. In de Tiende Richtlijn is zo veel mogelijk aangesloten bij het nationale recht. De auteur legt de problemen bloot die zich voordoen bij de toepassing van het nationale recht op een grensoverschrijdend (voorgenomen) fusiebesluit en reikt richtsnoeren aan voor een passend gebruik van de regels binnen de Nederlandse context.

Met haar proefschrift verschaft mevrouw Laagland op een diepgaande wijze meer duidelijkheid over de rol van werknemers bij grensoverschrijdende juridische fusies. Fraai is ook dat zij aan het slot van haar studie ideeën aandraagt voor wenselijke aanpassingen van de vennootschappelijke medezeggenschap bij grensoverschrijdende fusies in het licht van de uitgangspunten die aan de Europese regelgeving ten grondslag liggen. Wij hebben de overtuiging dat dit boek zijn weg zal vinden in zowel de academie als de rechtspraktijk. Met veel genoegen nemen wij dit proefschrift in onze serie op.

G. van Solinge
M. van Olffen
M.P. Nieuwe Weme
C.D.J. Bulten

INHOUDSOPGAVE

1	Probleemstelling, verantwoording en afbakening	1
1.1	Introductie van het onderwerp	1
1.2	Het juridische kader	3
1.3	Probleemstelling	5
1.4	Doelstelling van het onderzoek	7
1.5	Studie Duits en Belgisch recht	8
1.6	Afbakening	9
1.7	Plan van behandeling	10
1.8	Terminologie	12
1.8.1	De grensoverschrijdende juridische fusie	12
1.8.2	Andere vormen van grensoverschrijdend fuseren	13
1.8.3	De rol van de werknemers	14
1.8.4	Overige begrippen	17
Eerste deel: Europese regelgeving		
2	Eerdere Europese ontwikkelingen	19
2.1	Inleiding	19
2.2	Europese wetgevingsbevoegdheden	19
2.3	Het grondrecht op informatie en raadpleging	21
2.4	Derde Richtlijn	24
2.4.1	Historische ontwikkeling	24
2.4.2	Enige vennootschapsrechtelijke aspecten	25
2.4.3	De rol van de werknemers krachtens de Derde Richtlijn	26
2.5	Richtlijn 2009/38/EG inzake de Europese ondernemingsraad	28
2.5.1	Historische ontwikkeling	28
2.5.2	Herziening van de oorspronkelijke richtlijn	31
2.5.3	De rol van de werknemers krachtens Richtlijn 2009/38/EG	32
2.6	Richtlijn 2002/14/EG inzake informatie en raadpleging	37
2.6.1	Historische ontwikkeling	37
2.6.2	De rol van de werknemers krachtens Richtlijn 2002/14/EG	38

2.7	Regelgeving inzake de Societas Europaea (SE)	41
2.7.1	Historische ontwikkeling	41
2.7.2	Enige vennootschapsrechtelijke aspecten	43
2.7.3	De rol van de werknemers bij oprichting van een SE	44
2.8	De vestigingsvrijheid ex. art. 49 VWEU	48
2.8.1	De vestigingsvrijheid en de rechtspraak van het Hof van Justitie	48
2.8.2	De vestigingsvrijheid en de grensoverschrijdende fusie	52
2.9	Sluimerende en ingetrokken communautaire initiatieven	54
2.9.1	Vijfde Richtlijn	54
2.9.2	Veertiende Richtlijn	56
2.9.3	Verordening inzake een Societas Privata Europaea (SPE)	59
2.10	Conclusie	61
3	De rol van werknemers krachtens de Tiende Richtlijn	63
3.1	Inleiding	63
3.2	Historische ontwikkeling	64
3.2.1	Ontwerpverdrag 1974	64
3.2.2	Totstandkoming Tiende Richtlijn	65
3.3	Algemene beschouwingen inzake de Tiende Richtlijn	68
3.3.1	Rechtsgrondslag	68
3.3.2	Minimum- en/of standaardbepalingen	70
3.3.3	De reikwijdte en het toepassingsbereik	71
3.3.4	De nationaliteit van vennootschappen	73
3.3.5	Soorten grensoverschrijdende juridische fusies	76
3.4	Enige begrippen	79
3.4.1	De begrippen vennootschap, dochteronderneming en vestiging	79
3.4.2	Het werknemersbegrip: communautair of nationaal?	81
3.4.3	De betrokkenheid van werknemers	83
3.4.4	De medezeggenschap van werknemers	85
3.5	Hoofregel en uitzonderingen van art. 16 Tiende Richtlijn	88
3.5.1	De hoofdregel en zijn mankementen	88
3.5.2	De uitzonderingen: twee of drie?	90
3.5.3	Uitzondering 1: grote ondernemingen	92
3.5.4	Uitzondering 2: 'hoogste aantal-doctrine'	94
3.5.5	Uitzondering 3: buitenlandse werknemers	96
3.6	(De betekenis van) het alternatieve regime	98
3.7	De BOG	99
3.7.1	Instelling van de BOG	99
3.7.2	Samenstelling van de BOG	100
3.7.3	Verkiezing en vertegenwoordiging van de BOG	103
3.7.4	De representativiteit als complicerende factor	105
3.7.5	De geheimhouding en bescherming van de BOG	106

3.8	De onderhandelingen	108
3.8.1	Het onderhandelingsproces	108
3.8.2	De besluitvorming in de BOG	110
3.9	De overeenkomst tussen de besturen en de BOG	112
3.10	De wettelijke referentievoorschriften	114
3.10.1	Het toepassingsbereik	115
3.10.2	De mate en vorm van medezeggenschap	117
3.10.3	De verdeling en uitoefening van medezeggenschap	118
3.11	De bestuursstructuur na de fusie	122
3.12	Overige bepalingen	123
3.12.1	Het rechtmatigheidstoezicht op de grensoverschrijdende fusie	123
3.12.2	Inschrijving van de grensoverschrijdende fusie	124
3.12.3	Het van kracht worden van de grensoverschrijdende fusie	126
3.12.4	De vernietigbaarheid van de grensoverschrijdende fusie	127
3.12.5	Fiscale aspecten	129
3.13	Verhouding tot de SE-Verordening	130
3.14	Verhouding tot de vestigingsvrijheid ex art. 49 VWEU	131
3.15	Conclusie	133

Intermezzo: de uitgangspunten van de Europese regelgeving 134

Tweede deel: Medezeggenschap (vennootschappelijke medezeggenschap)

4	Vennootschappelijke medezeggenschap in Nederland, Duitsland en België	139
4.1	Inleiding	139
4.2	Nederland	139
4.2.1	Vennootschappelijke medezeggenschap in historisch perspectief	139
4.2.2	De bestuursstructuur	142
4.2.2.1	Monistische bestuursstructuur	142
4.2.2.2	Dualistische bestuursstructuur	146
4.2.3	De structuurregeling	148
4.2.3.1	Het toepassingsbereik	148
4.2.3.2	Samenstelling van het toezichthoudende orgaan	151
4.2.3.3	Verkiezing van de toezichthouders	153
4.2.4	Het spreekrecht van de ondernemingsraad	155
4.2.4.1	Inhoud en aard	156
4.2.4.2	Afdwingbaarheid	157
4.2.5	Het adviesrecht van de ondernemingsraad ex art. 30 WOR	160
4.2.5.1	Inhoud en aard	160
4.2.5.2	Afdwingbaarheid	161

4.2.6	Medezeggenschap in (internationaal) concernverband	162
4.2.6.1	De structuurregeling	162
4.2.6.2	Het spreekrecht van de ondernemingsraad	166
4.2.6.3	Het adviesrecht van de ondernemingsraad ex art. 30 WOR	168
4.2.7	De positie van buitenlandse werknemers	169
4.2.8	Discussie en ontwikkelingen	170
4.3	Duitsland	171
4.3.1	Vennootschappelijke medezeggenschap in historisch perspectief	171
4.3.2	De bestuursstructuur: dualistisch	173
4.3.3	Drittelbeteiligungsgesetz	175
4.3.3.1	Het toepassingsbereik	175
4.3.3.2	Samenstelling van de Aufsichtsrat	179
4.3.3.3	Verkiezing van de leden in de Aufsichtsrat	180
4.3.4	Mitbestimmungsgesetz	181
4.3.4.1	Het toepassingsbereik	181
4.3.4.2	Samenstelling van de Aufsichtsrat	183
4.3.4.3	Verkiezing van de leden in de Aufsichtsrat	185
4.3.4.4	De Arbeitsdirektor	187
4.3.5	Montan-Mitbestimmungsgesetz	188
4.3.5.1	Het toepassingsbereik	188
4.3.5.2	Verschillen met het MitbestG	189
4.3.6	Medezeggenschap in (internationaal) concernverband	191
4.3.6.1	Montan-MitbestG en MitbestErgG	191
4.3.6.2	DrittelbG en MitbestG	192
4.3.7	De positie van buitenlandse werknemers	195
4.3.8	Discussie en ontwikkelingen	196
4.4	België	198
4.4.1	Vennootschappelijke medezeggenschap in historisch perspectief	198
4.4.2	De bestuursstructuur: monistisch of toch dualistisch?	201
4.4.3	Recht tot bezwaar bij benoeming commissaris	206
4.4.3.1	Inhoud en aard	207
4.4.3.2	Afdwingbaarheid	209
4.4.4	Informatieplicht onafhankelijke bestuurder beursgenoteerde NV	209
4.4.4.1	Inhoud en aard	209
4.4.4.2	Afdwingbaarheid	211
4.4.5	Discussie en ontwikkelingen	212
4.5	Conclusie	212

5	Implementatie van art. 16 Tiende Richtlijn in Nederland, Duitsland en België	215
5.1	Inleiding	215
5.2	Het toepasselijke (implementatie)recht	215
5.3	De toetsing en gevolgen van een onjuiste implementatie	217
5.4	Nederland	220
5.4.1	Implementatiewetgeving	220
5.4.2	De wettelijke mogelijkheden tot grensoverschrijdend fuseren	221
5.4.3	Het medezeggenschapsbegrip	224
5.4.3.1	Definitie van medezeggenschap	224
5.4.3.2	Reikwijdte ten aanzien van de Nederlandse medezeggenschapsrechten	225
5.4.4	Hoofregel en uitzonderingen	227
5.4.4.1	Hoofregel	227
5.4.4.2	Uitzondering 1: grote ondernemingen	228
5.4.4.3	Uitzondering 2: 'hoogste aantal-doctrine'	229
5.4.4.4	Uitzondering 3: buitenlandse werknemers	231
5.4.5	Het alternatieve regime	234
5.4.6	De BOG	235
5.4.7	De onderhandelingen	242
5.4.8	De wettelijke referentievoorschriften	243
5.4.9	Misbruik	247
5.5	Duitsland	248
5.5.1	Implementatiewetgeving	248
5.5.2	De wettelijke mogelijkheden tot grensoverschrijdend fuseren	249
5.5.3	Het medezeggenschapsbegrip	251
5.5.3.1	Definitie van medezeggenschap	251
5.5.3.2	Reikwijdte ten aanzien van de Duitse medezeggenschapsrechten	252
5.5.4	Hoofregel en uitzonderingen	253
5.5.4.1	Hoofregel	254
5.5.4.2	Uitzondering 1: grote ondernemingen	255
5.5.4.3	Uitzondering 2: 'hoogste aantal-doctrine'	256
5.5.4.4	Uitzondering 3: buitenlandse werknemers	257
5.5.5	Het alternatieve regime	259
5.5.6	De BOG	259
5.5.7	De onderhandelingen	266
5.5.8	De wettelijke referentievoorschriften	268
5.5.9	Misbruik	272

5.6	België	274
5.6.1	Implementatiewetgeving	274
5.6.2	De wettelijke mogelijkheden tot grensoverschrijdend fuseren	276
5.6.3	Het medezeggenschapsbegrip	279
5.6.3.1	Definitie van medezeggenschap	279
5.6.3.2	Reikwijdte ten aanzien van de Belgische medezeggenschapsrechten	280
5.6.4	De hoofdregel en uitzonderingen	281
5.6.4.1	Hoofdregel	282
5.6.4.2	Uitzondering 1: grote ondernemingen	283
5.6.4.3	Uitzondering 2: 'hoogste aantal-doctrine'	284
5.6.4.4	Uitzondering 3: buitenlandse werknemers	286
5.6.5	Het alternatieve regime	286
5.6.6	De BOG	288
5.6.7	De onderhandelingen	297
5.6.8	De wettelijke referentievoorschriften	298
5.6.9	Misbruik	302
5.7	Conclusie	303
6	Toepassingsgevolgen Nederlandse werknemers	305
6.1	Inleiding	305
6.2	De criteria van art. 16 Tiende Richtlijn	306
6.2.1	Ter introductie	306
6.2.2	Kwalificatie van het spreekrecht	307
6.2.3	Spreek- en aanbevelingsrechten ten aanzien van één orgaan	308
6.2.4	Spreek- en aanbevelingsrechten ten aanzien van meer organen	309
6.2.5	De medezeggenschap in een monistische bestuursstructuur	310
6.2.6	De medezeggenschap in concernverband	313
6.2.6.1	De moedervenootschap treedt op als de deelnemende vennootschap	313
6.2.6.2	De afhankelijke maatschappij treedt op als de deelnemende vennootschap	315
6.2.7	Invloed werknemers op de toepassing van art. 16 Tiende Richtlijn	317
6.3	De uitkomst van art. 16 Tiende Richtlijn	319
6.3.1	Ter introductie	319
6.3.2	Een buitenlands medezeggenschapssysteem	320
6.3.3	Een medezeggenschapssysteem dat in geen enkele lidstaat bestaat	322
6.3.4	Bestuursstructuur van de uit de fusie ontstane vennootschap	325
6.3.4.1	De inrichting van de bestuursstructuur	325
6.3.4.2	Een andere bestuursstructuur	327

6.3.5	Uitoefening van de medezeggenschapsrechten	330
6.3.5.1	Een verwatering van Nederlandse medezeggenschapsrechten	330
6.3.5.2	Het Nederlandse onafhankelijkheidsvereiste	332
6.3.6	De bevroren status van een grensoverschrijdend medezeggenschapssysteem	333
6.4	Conclusie	336

Derde deel: Betrokkenheid (ondernemingsrechtelijke medezeggenschap)

7	De betrokkenheid van de Nederlandse en Europese ondernemingsraad	339
7.1	Inleiding	339
7.2	Betrokkenheid van de Nederlandse (centrale) ondernemingsraad	340
7.2.1	De implementatie van art. 7 Tiende Richtlijn	340
7.2.2	Toepassing van de WOR	341
7.2.3	Het adviesrecht van art. 25 WOR	345
7.2.3.1	Complicaties tussen art. 25 WOR en boek 2 BW	345
7.2.3.2	De overdracht van de zeggenschap	348
7.2.3.3	De overname van de zeggenschap en de buitenlanduitzondering	351
7.2.3.4	De bevoegdheidsverdeling bij het bestaan van verschillende ondernemingsraden	353
7.2.3.5	De technieken toerekening en medeondernemerschap	355
7.2.3.6	De dochtervennootschap is de aan de fusie deelnemende vennootschap	357
7.2.3.7	De moedervennootschap is de aan de fusie deelnemende vennootschap	361
7.2.3.8	Timing en volgorde van handelen in het kader van het adviestraject	364
7.2.3.9	De toetsingsmaatstaf van het fusiebesluit in een beroepsprocedure ex art. 26 WOR	368
7.2.3.10	De invloed van het adviesrecht op de vennootschappelijke besluitvorming	371
7.2.4	Het spreekrecht ex art. 2:107a BW	374
7.3	Betrokkenheid van de Europese ondernemingsraad	376
7.3.1	De bevoegdheden van de Europese ondernemingsraad	376
7.3.2	Verhouding tot de Nederlandse (centrale) ondernemingsraad	378
7.4	Betrokkenheid in relatie tot de vestigingsvrijheid	380
7.5	De situatie na voltooiing van de fusie	383
7.5.1	Behoud bevoegdheden van de Nederlandse ondernemingsraad	383
7.5.1.1	De onderneming blijft in Nederland gelegen	383

7.5.1.2	Het verplaatsen van de onderneming naar het buitenland	386
7.5.1.3	De ondernemingsovereenkomst ex. art. 32 WOR	388
7.5.2	Behoud bevoegdheden van de Europese ondernemingsraad	390
7.5.2.1	De overgang van een Europese ondernemingsraad	390
7.5.2.2	De samenstelling van een (overgegene) Europese ondernemingsraad	393
7.6	Conclusie	395
8	Slotbeschouwing	399
8.1	Probleemstelling	399
8.2	De Europese analyse	400
8.3	De Nederlandse context	405
8.4	Eindconclusie	410
8.5	Vooruitblik	412
9	Final observations	415
9.1	Formulation of the problem	415
9.2	The European analysis	416
9.3	The Dutch context	421
9.4	Final conclusion	425
9.5	Preview	427
	Rapporten en adviezen	431
	Literatuurlijst	433
	Jurisprudentieregister	465
	Trefwoordenregister	473
	Lijst van afkortingen	477
	Curriculum vitae	479

1 PROBLEEMSTELLING, VERANTWOORDING EN AFBAKENING

1.1 Introductie van het onderwerp

‘De grensoverschrijdende juridische fusie is een belangrijk instrument voor het bevorderen van de samenwerking en de herstructureringen die nodig zijn om Europa concurrerender te maken. Tegelijkertijd is het van groot belang zekerheden in te bouwen om te voorkomen dat grensoverschrijdende fusies door ondernemingen worden misbruikt om nationale verplichtingen op het gebied van de medezeggenschap van werknemers te omzeilen.’

Toenmalig Eurocommissaris voor de Interne Markt Frits Bolkenstein (2003).¹

De volgende casus geeft een voorbeeld van het thema van het onderzoek en heeft een fictief karakter. De Duitse multinational – Ottomark Herausgeber – heeft als kernactiviteit de uitgave van tijdschriften en boeken. De topholding Ottomark Herausgeber AG houdt de aandelen in de Duitse werkmaatschappij Ottomark GmbH en is aandeelhouder van verschillende buitenlandse vennootschappen, waaronder de Belgische Promedia BVBA. Haar dochtervennootschappen richten zich in de desbetreffende landen op de uitgave van tijdschriften en/of boeken. Bij de multinational is een Europese ondernemingsraad ingesteld. De multinational heeft geen belang in de Nederlandse tijdschriften- en boekenmarkt, maar koestert al lang de wens (ook) deze markt te veroveren. Het bestuur van Ottomark Herausgeber AG heeft recent zijn zinnen gezet op het Nederlandse bedrijf Premium NV dat zich bezighoudt met de uitgave van verschillende toonaangevende Nederlandse tijdschriften. Het bedrijf heeft twee werkmaatschappijen waar in totaal 450 werknemers werkzaam zijn. Premium NV is onderworpen aan de structuurregeling. Op het niveau van Premium NV is een centrale ondernemingsraad ingesteld.

Ottomark Herausgeber AG wil Premium NV overnemen. Vanuit fiscaal en organisatorisch oogpunt heeft de multinational het plan opgevat de overname van Premium NV te realiseren via een juridische fusie met haar Belgische dochtervennootschap Promedia BVBA. Promedia BVBA zal bij de fusie optreden als de verkrijgende partij. Het bestuur van Ottomark Herausgeber AG legt deze constructie voor aan het bestuur van Premium NV. De onderhandelingen leiden al snel tot

¹ Deze woorden sprak Frits Bolkenstein nadat de Commissie het voorstel voor een Tiende Richtlijn in 2003 had ingediend bij het Parlement en de Raad, zie IP/03/1564 van 18 november 2003.

voorlopige overeenstemming. Ottomark Herausgeber AG geeft haar Belgische dochter de instructie het fusieproces in gang te zetten. De Nederlandse centrale ondernemingsraad van Premium NV hoort in de wandelgangen van de fusiebesprekingen. Het bestuur van Premium NV erkent dat de centrale ondernemingsraad bij de besluitvorming een adviesrecht heeft, maar stelt dat de besprekingen nog niet het daarvoor vereiste stadium hebben bereikt. Diverse vragen doemen op. Onder welke omstandigheden zijn de al eerder gevoerde besprekingen tussen Premium NV en Ottomark Herausgeber AG te beschouwen als een voorgenomen besluit tot juridisch fuseren waarover de centrale ondernemingsraad een adviesrecht heeft? Wat is de invloed van het adviestraject op de vennootschappelijke besluitvorming? Ook met betrekking tot de Europese ondernemingsraad is één en ander onduidelijk. Na de fusie maken de Nederlandse werknemers onderdeel uit van het Duitse concern. Blijft de Europese ondernemingsraad na de fusie in dezelfde samenstelling bestaan of zijn nieuwe onderhandelingen noodzakelijk?

De centrale ondernemingsraad maakt zich zorgen over de consequenties die de juridische fusie zal hebben voor de Nederlandse vennootschappelijke medezeggenschapsrechten. De centrale ondernemingsraad heeft in Premium NV een spreekrecht met betrekking tot de benoeming van bestuurders en commissarissen en een (versterkt) aanbevelingsrecht met betrekking tot de benoeming van commissarissen. De centrale ondernemingsraad realiseert zich dat Premium NV als gevolg van de juridische fusie zal worden ontbonden en na de fusie nog slechts een in Nederland gelegen vestiging van de Belgische Promedia BVBA zal zijn. De bestuursstructuur van de vennootschap en de inrichting alsmede het functioneren daarvan, zijn vanaf dat moment onderworpen aan Belgisch recht. Het Belgische recht kent geen regelgeving op vennootschappelijk medezeggenschapsterrein. Betekent dit nu dat de centrale ondernemingsraad zijn invloed op vennootschapsniveau verliest? Welke mogelijkheden heeft de centrale ondernemingsraad om zijn invloed op de samenstelling van het toezichthoudende en het bestuursorgaan geheel of althans ten dele te behouden? Hoe verhoudt een eventuele bescherming van de vennootschappelijke medezeggenschapsrechten zich tot de communautaire vestigingsvrijheid die Premium NV heeft?

De gestelde vragen laten zien dat aan een grensoverschrijdende juridische fusie vennootschappelijke en medezeggenschapsrechtelijke aspecten zijn verbonden. De fusiepartners zien zich geconfronteerd met de invloed van de Nederlandse werknemers op zowel de besluitvorming als de samenstelling van de organen op vennootschapsniveau. De wijze waarop tussen de rechtsgebieden op Europees niveau een evenwicht is gevonden alsmede de uitwerking van de regelgeving voor de medezeggenschapsrechten van de Nederlandse werknemers (vertegenwoordigers), vormen het onderwerp van het onderzoek.

1.2 Het juridische kader

Een blik op de economische pagina's van de krant leert dat kapitaalvennootschappen (hierna ook geduid met de term vennootschappen) met enige regelmaat grensoverschrijdend fuseren. Het betreft veelal de klassieke grensoverschrijdende aandelenfusie. Bij een dergelijke fusie wisselen slechts de aandeelhouders, de juridische entiteit van de vennootschap zelf verandert niet. Binnen het bedrijfsleven bestond de wens daarnaast grensoverschrijdend juridisch te kunnen fuseren. Deze fusiewijze is de meest vergaande vorm van samengaan. Een vennootschap verkrijgt het gehele vermogen van één of meer andere vennootschappen onder algemene titel, waarbij de verdwijnende vennootschappen worden ontbonden zonder dat vereffening behoeft plaats te vinden. Bij de grensoverschrijdende variant geschiedt de concentratie ofwel door het opslokken van een vennootschap uit een bepaalde staat door een vennootschap uit een andere staat ofwel doordat vennootschappen uit verschillende staten samen tot oprichting van een nieuwe vennootschap overgaan. Een groot voordeel van juridisch fuseren is dat de economische eenheid en de rechtseenheid van de vennootschappen na de fusie samenvallen. Een juridische fusie kan bovendien aantrekkelijk zijn voor het functioneren en het besturen van de met de vennootschap verbonden onderneming(en), daar de eenheid in de bedrijfsvoering, het geven van aanwijzingen en het verschaffen van informatie eenvoudiger worden. Een fusie biedt de mogelijkheid te komen tot een vereenvoudiging van de concernstructuur. De grensoverschrijdende variant heeft als aanvullend voordeel dat deze techniek een vennootschap in staat stelt haar primaire zetel te 'verplaatsen' naar een lidstaat met een voor deze vennootschap wenselijker vennootschapsregime.

Lange tijd was binnen de Europese Unie een grensoverschrijdende juridische fusie een problematische aangelegenheid. Het belangrijkste obstakel werd gevormd door de verschillen in het nationale (vennootschaps)recht dat op de fuserende vennootschappen van toepassing was. Ook hadden verscheidene lidstaten de mogelijkheid tot grensoverschrijdend fuseren wettelijk uitgesloten.² Hierdoor was het vaak complex en duur, zo niet onmogelijk een grensoverschrijdende juridische fusie te realiseren. De Europese wetgever signaleerde dit probleem reeds in de jaren zestig van de vorige eeuw. De oplossing bleek niet eenvoudig te vinden. Een eerste ontwerpverdrag stamt uit 1974. Eerst na dertig jaar discussiëren is op 26 oktober 2005 Richtlijn 2005/56/EG betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen (Tiende Richtlijn) vastgesteld.³ Deze richtlijn is erop gericht binnen de Europese Unie grensoverschrijdende juridische fusies van vennootschappen te vergemakkelijken.

² Dit gold onder andere voor Nederland, Duitsland, Oostenrijk, Zweden en Finland.

³ Richtlijn 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen (*PbEU* 2005, L 310/1), laatstelijk gewijzigd door Richtlijn 2009/109/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 september 2009 (*PbEU* 2009, L 259/14).

De Tiende Richtlijn heeft voornamelijk een economische en een financiële functie. De richtlijn vindt haar oorsprong in het Europese vennootschapsrecht en vormt een onderdeel van het *Company Law Action Plan* van de Commissie.⁴ De richtlijn is bovendien gebaseerd op de vrijheid van vestiging zoals neergelegd in art. 49 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). De vrijheid van vestiging is een fundamentele vrijheid die van origine een economische grondslag kent. Dat neemt niet weg dat de Europese wetgever het van belang achtte de werknemers op een (voorgenomen) besluit tot grensoverschrijdend fuseren een zekere mate van invloed te verschaffen via informatie- en raadplegingsrechten. De Tiende Richtlijn verwijst voor de nadere invulling van deze rechten naar eerder tot stand gebrachte Europese regelgeving. Dit zijn Richtlijn 2002/14/EG inzake informatieverschaffing en raadpleging (Richtlijn 2002/14/EG)⁵ en Richtlijn 2009/38/EG inzake de Europese ondernemingsraad (EOR-Richtlijn).⁶

De vennootschappelijke medezeggenschap bleek een lastiger dossier. Deze vorm van medezeggenschap geeft werknemers invloed op de samenstelling van de organen in de vennootschap en wordt tot op heden nationaal geregeld. Voor Nederland kan men denken aan de invloed van de ondernemingsraad op de benoeming van de leden van de raad van commissarissen dan wel niet-uitvoerende bestuurders in een structuurvennootschap, maar ook aan het per 1 juli 2010 in werking getreden spreekrecht van de ondernemingsraad op de benoeming van bestuurders en/of commissarissen in een NV. Deze vorm van medezeggenschap knoopt aan bij de juridische structuur van de vennootschap. Dit aanknopingspunt maakt het voor vennootschappen mogelijk deze regels te omzeilen via de techniek van grensoverschrijdend juridisch fuseren. Art. 16 Tiende Richtlijn biedt een oplossing die haar basis vindt in het ‘voor en na-beginsel’. Het hoogste niveau van medezeggenschap zoals dat voorafgaand aan de fusie in de fuserende vennootschappen bestond, is bepalend voor het medezeggenschapsstelsel waaraan de uit de fusie ontstane vennootschap onderworpen raakt. Dit beginsel is niet absoluut. De omstandigheden die een inbreuk rechtvaardigen zijn te herleiden tot de vrijheid van vestiging en de daarmee samenhangende overkoepelende doelstelling van de Tiende Richtlijn ‘het vergemakkelijken van grensoverschrijdend fuseren’.

4 Mededeling van de Commissie van 11 mei 1999 over de tenuitvoerlegging van het kader van financiële markten: een actieplan, gepubliceerd in COM (1999) 232 def.

5 Richtlijn 2002/14/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 2002 tot vaststelling van een algemeen kader betreffende de informatie en de raadpleging van de werknemers in de Europese Gemeenschap (*PbEG* 2002, L 80/29).

6 Richtlijn 2009/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 mei 2009 inzake de instelling van een Europese ondernemingsraad of van een procedure in ondernemingen of concerns met een communautaire dimensie ter informatie en raadpleging van de werknemers (Herschikking) (*PbEG* 2009, L 122/28).

1.3 Probleemstelling

De Tiende Richtlijn vult een lacune op in het vennootschapsrecht ten aanzien van de mogelijkheid tot grensoverschrijdend juridisch fuseren. De hoofddoelstelling van de Tiende Richtlijn is het vergemakkelijken van grensoverschrijdende juridische fusies. Het gaat erom te voorkomen dat het nationale recht waaronder de fuserende vennootschappen ressorteren een belemmering vormt.⁷ De rol die de Europese wetgever in de Tiende Richtlijn toebedeelt aan de werknemers kan worden beschouwd als een afzonderlijke (sub)doelstelling gericht op het vormgeven van de vennootschappelijke en ondernemingsrechtelijke medezeggenschapsrechten. De Tiende Richtlijn kent daarmee twee doelstellingen.

De wijze waarop de medezeggenschap van werknemers bij een grensoverschrijdende fusie vorm krijgt, is niet uniform. Dit geldt in het bijzonder voor de vennootschappelijke medezeggenschap. De vennootschappelijke medezeggenschap wordt nationaal geregeld. Binnen de Europese Unie bestaan op dit vlak grote verschillen. Met art. 16 Tiende Richtlijn is getracht een uitholling van vennootschappelijke medezeggenschapsrechten te voorkomen. Het artikel coördineert de verschillende medezeggenschapsregels die er op nationaal niveau bestaan. Er vindt dus geen harmonisatie van het materiële medezeggenschapsrecht plaats, maar harmonisatie van een typisch grensoverschrijdend probleem. De toepassing van art. 16 Tiende Richtlijn is afhankelijk van de nationale medezeggenschapstelsels waaraan de fuserende vennootschappen voorafgaand aan de fusie zijn onderworpen. Aan de hand van de medezeggenschapssystemen zoals die in de fuserende vennootschappen bestaan, wordt het medezeggenschapssysteem voor na de fusie bepaald. De toepassing van art. 16 Tiende Richtlijn en het resultaat daarvan verschillen daarom per fusie. Uniformiteit ontbreekt ook – zij het in mindere mate – voor de ondernemingsrechtelijke medezeggenschap. Op dat vlak heeft weliswaar harmonisatie van het materiële recht plaatsgevonden, maar dit is gebeurd via minimumrichtlijnen. Afwijking ten voordele van werknemers is hierdoor toegestaan.

Bij de toepassing van zowel de vennootschappelijke als de ondernemingsrechtelijke medezeggenschapsrechten kan een spanningsveld ontstaan tussen de Europese regels enerzijds en de wijze waarop deze regels hun uitwerking krijgen binnen het Nederlandse recht anderzijds. Het Europese recht houdt immers geen rekening met de eigenaardigheden van ieder nationaal rechtstelsel. Dat brengt mij tot de probleemstelling van mijn onderzoek. Deze luidt:

Welke knelpunten kent de regeling inzake de rol van Nederlandse werknemers(vertegenwoordigers) bij een grensoverschrijdende juridische fusie van kapitaalvennootschappen en in hoeverre zijn deze knelpunten oplosbaar gezien de uitgangspunten die op dit terrein aan de Tiende Richtlijn ten grondslag liggen?

⁷ COM (2003) 703 def, p. 2.

Bij de beantwoording van de probleemstelling maak ik een onderscheid tussen de vennootschappelijke en de ondernemingsrechtelijke medezeggenschapsrechten zoals die worden uitgeoefend door de (centrale) ondernemingsraad als het orgaan dat de werknemers in de vennootschap vertegenwoordigt. Aan de hand van een uitgebreide analyse van de (totstandkoming van de) Tiende Richtlijn – alsmede de andere Europese initiatieven die op het gebied van de juridisch fusie en de rol van werknemers zijn ondernomen – tracht ik te achterhalen wat de bedoeling van de Europese wetgever was bij de wijze waarop beide medezeggenschapsvarianten zijn vormgegeven. Dit deel van het onderzoek leidt tot de uitgangspunten die aan de betreffende Europese regels ten grondslag liggen. De uitgangspunten vormen het referentiekader aan de hand waarvan ik analyseer hoe met bepaalde knelpunten kan worden omgegaan in de situatie dat een Nederlandse vennootschap tot een grensoverschrijdende juridische fusie besluit.

Het onderzoek naar de vennootschappelijke medezeggenschapsrechten richt zich op de oplossingen die het Europese recht biedt om het verlies van deze vorm van medezeggenschap bij een grensoverschrijdende fusie te voorkomen. Deze bespreking neemt het grootste deel van het onderzoek in beslag. Dit zal niet verbazen. De grensoverschrijdende fusie bedreigt de vennootschappelijke medezeggenschap en met het oog op die dreiging is in de Tiende Richtlijn met art. 16 een specifieke regeling opgenomen. De systematiek van art. 16 Tiende Richtlijn is bovendien gericht op een coördinatie van de verschillende nationale medezeggenschapsregels, waardoor de toepassing niet alleen kennis van het Nederlandse maar ook van het buitenlandse vennootschappelijke medezeggenschapsrecht vereist.

Dit is anders bij de ondernemingsrechtelijke medezeggenschap. Deze vorm van medezeggenschap geeft werknemers invloed op bepaalde (voor)genomen besluiten van de ondernemer en is wat de interne medezeggenschap betreft in Nederland voor het overgrote deel neergelegd in de Wet op de ondernemingsraden (WOR). Op het eerste gezicht doen zich weinig problemen voor bij een grensoverschrijdende fusie. De bevoegdheden uit de WOR zijn niet aan de vennootschap maar aan de onderneming in de zin van de WOR (de zelfstandige arbeidsorganisatie zoals bedoeld in art. 1 lid 1 (c) WOR) gekoppeld. De onderneming blijft in Nederland gelegen zodat de WOR zijn toepassing behoudt. Om deze reden kent de Tiende Richtlijn geen specifieke regeling met betrekking tot de ondernemingsrechtelijke medezeggenschap. Een bespreking van deze vorm van medezeggenschap is desondanks relevant. Het onderzoek legt de problemen bloot die zich voordoen bij de toepassing van de WOR op een grensoverschrijdend (voorgenomen) fusiebesluit en reikt richtsnoeren aan voor een passend gebruik van deze regels binnen de Nederlandse context. Uit deze bevindingen moet blijken of het juist is dat op Europees niveau aan de ondernemingsrechtelijke medezeggenschap bij een grensoverschrijdende fusie geen specifieke regeling is gewijd. Ik betrek in mijn onderzoek tevens de verhouding van de (centrale) ondernemingsraad tot de Europese ondernemingsraad nu de Nederlandse werknemers eveneens in dit laatste orgaan zijn vertegenwoordigd. Daar komt bij dat de Tiende Richtlijn voor de ondernemingsrechtelijke

medezeggenschap niet alleen naar Richtlijn 2002/14/EG maar ook naar de EOR-Richtlijn verwijst.

Het onderzoek geschiedt vanuit het perspectief van een Nederlandse vennootschap. Er wordt nagegaan hoe de rol van de Nederlandse werknemers inhoud krijgt bij een juridische fusie van een Nederlandse vennootschap met een Duitse respectievelijk Belgische vennootschap. De keuze voor het Duitse en Belgische recht komt in paragraaf 1.5 aan de orde. Het onderzoek bevindt zich op het snijvlak van het vennootschapsrecht en het arbeidsrecht. De Tiende Richtlijn vindt haar basis in het vennootschapsrecht, terwijl de vennootschappelijke en ondernemingsrechtelijke medezeggenschapsrechten aan werknemers toekomen. De wettelijke bepalingen die de vennootschappelijke en ondernemingsrechtelijke medezeggenschap bij een grensoverschrijdende fusie vormgeven, roepen mede daarom veel juridische vragen op.

Mijn onderzoek bevat een analyse naar het huidige recht. Het onderzoek is gebaseerd op Europese en nationale parlementaire stukken en de in de Nederlandse, Duitse en Belgische literatuur heersende opvattingen. De uit deze documentatie voortvloeiende standpunten worden geanalyseerd en waar nodig van kritische kanttekeningen voorzien.

1.4 Doelstelling van het onderzoek

De waarde van het onderzoek ligt in het verkrijgen van inzicht in de wijze waarop de rol van Nederlandse werknemers binnen het Europese vennootschapsrecht – meer specifiek bij grensoverschrijdende juridische fusies – vorm krijgt. Zoals gezegd, heeft de Tiende Richtlijn zowel het vergemakkelijken van grensoverschrijdende fusies als het regelen van de medezeggenschap als doelstelling. Het onderzoek maakt inzichtelijk hoe beide doelstellingen zich op Europees niveau tot elkaar verhouden en in hoeverre de concrete uitwerking van de tot stand gebrachte regelgeving voldoet aan de uitgangspunten waarop de regels zijn gebaseerd. De uitkomsten van het onderzoek kunnen bovendien worden gebruikt voor toekomstige ontwikkelingen binnen het Europese vennootschapsrecht. De door de Europese Commissie in het leven geroepen ‘Reflection Group’ heeft in 2011 geadviseerd de medezeggenschapssystematiek uit de Tiende Richtlijn te hanteren bij andere initiatieven op het vlak van grensoverschrijdende activiteiten.⁸ Denk aan grensoverschrijdende juridische fusies van andere rechtspersonen dan kapitaalvennootschappen, maar ook aan de grensoverschrijdende zetelverplaatsing. Deze ontwikkelingen vergroten de noodzaak te bezien of de wettelijke regeling inzake de rol van werknemers in de Tiende Richtlijn recht doet aan de daaraan ten grondslag liggende gedachte. Uitgaande van de wenselijkheid dat werknemers bij grensoverschrijdende herstructureringen een bepaalde rol vervullen, draagt dit

⁸ Report of the Reflection Group on the Future of Company Law, Brussels 5 April 2011, p. 22 en 76.

onderzoek bij aan de ontwikkeling van die rol binnen het kader van het Europese vennootschapsrecht. Het proefschrift geeft daarmee een nadere invulling aan de (academische) discussie over de verhouding tussen de vrijheid van vestiging enerzijds en de rol van werknemers anderzijds.

Verder heeft het onderzoek praktische relevantie. Het onderzoek biedt inzicht in de wijze waarop de rol van Nederlandse werknemers op basis van het huidige recht vorm krijgt. Het legt de knelpunten bloot en geeft aan hoe men met deze knelpunten in de praktijk kan omgaan. Het behoeft geen betoog dat de bereidwilligheid grensoverschrijdende fusies aan te gaan toeneemt naarmate de bekendheid met en de herkenbaarheid van het toepasselijke recht op de transactie bij de betrokken partijen duidelijk is. Op die wijze vergroot het onderzoek de toepasbaarheid en de toegankelijkheid van de regeling in de (rechts)praktijk, in het bijzonder bij een grensoverschrijdende juridische fusie van een Nederlandse met een Duitse en/of Belgische vennootschap.

1.5 Studie Duits en Belgisch recht

Het onderzoek richt zich op de rol van de Nederlandse werknemers. Kennis van het buitenlandse recht is desondanks onontbeerlijk voor de beantwoording van de onderzoeksvraag. Het belang van deze kennis manifesteert zich vooral bij de vennootschappelijke medezeggenschap. De Tiende Richtlijn creëert met art. 16 voor de vennootschappelijke medezeggenschap een oplossing die aansluit bij het nationale recht van de bij de fusie betrokken vennootschappen. Dat gebeurt op twee punten. Ten eerste zijn de inhoud en de omvang van de vennootschappelijke medezeggenschap bij een grensoverschrijdende fusie (dat wil zeggen de invulling van art. 16 Tiende Richtlijn) afhankelijk van de nationale rechtsstelsels van de deelnemende vennootschappen. Met andere woorden: beantwoording van de vraag of en zo ja, in welke mate de uit de fusie ontstane vennootschap onderworpen zal zijn aan vennootschappelijke medezeggenschap vereist kennis van het vennootschappelijke medezeggenschapsrecht van de lidstaten waar de fuserende vennootschappen zijn gevestigd. Ten tweede wordt – zo zal blijken – art. 16 Tiende Richtlijn grotendeels toegepast aan de hand van het recht van de lidstaat waar de uit de fusie ontstane vennootschap haar statutaire zetel vestigt, het zogenoemde vestigingsland. Dit vereist inzicht in de wijze waarop art. 16 is geïmplementeerd in andere lidstaten. Harmonisatie is immers geen unificatie en de verschillen in implementatie zijn vaak aanmerkelijk.

Voor het onderzoek naar het buitenlandse recht heb ik gekozen voor twee rechtsstelsels die op het gebied van de vennootschappelijke medezeggenschap een andere traditie hebben: Duitsland en België. Het Duitse recht kent een lange traditie en een uitgebreide regeling inzake de vennootschappelijke medezeggenschap, terwijl het Belgische recht aan het onderwerp weinig tot geen aandacht besteedt. Andere aspecten die een studie naar deze twee landen boeiend en relevant maakt, zijn de verschillende bestuursstructuren van de nationale vennootschappen en het

feit dat art. 16 Tiende Richtlijn in Duitsland bij wet en in België bij collectieve arbeidsovereenkomst is geïmplementeerd. Het gaat tot slot om twee buurlanden van Nederland die beide belangrijke handelspartners zijn.

Strikt genomen is geen sprake van rechtsvergelijking. De kennis van het buitenlandse recht is vereist ter bepaling van de vennootschappelijke medezeggenschapsrechten van de Nederlandse werknemer.⁹ Dat neemt niet weg dat de studie van het Duitse en het Belgische recht mogelijkheden biedt te bezien of bepaalde problemen binnen het Nederlandse recht zich ook binnen deze rechtsstelsels voordoen en zo ja, hoe Duitsland en België bij het implementeren van de Tiende Richtlijn met de problemen zijn omgegaan.

In het onderzoek naar de ondernemingsrechtelijke medezeggenschap vervullen de rechtsstelsels van Duitsland en België een minder prominente rol. Deze vorm van medezeggenschap is gekoppeld aan de onderneming in de zin van de WOR en de onderneming waarin de Nederlandse werknemers werkzaam zijn, is in Nederland gelegen. De ondernemingsrechtelijke medezeggenschapsrechten krijgen inhoud op basis van het Nederlandse recht. De grensoverschrijdende fusie als zodanig brengt op dit punt geen verandering teweeg. Kennis van het buitenlandse recht is bij de toepassing van de rechtsregels zoals neergelegd in de WOR niet nodig. Dit kan anders liggen bij de positie van de Europese ondernemingsraad. De (oprichting van de) Europese ondernemingsraad is onderworpen aan het implementatierecht van de lidstaat waar het hoofdbestuur zetelt. Bij de bespreking van de Europese ondernemingsraad komt daarom wel aandacht toe aan het Duitse en Belgische (implementatie)recht.

1.6 Afbakening

Het onderzoek omvat een analyse van de rol van werknemers bij een grensoverschrijdende fusie. Ik richt mij op de grensoverschrijdende fusie in het kader van de Tiende Richtlijn. De grensoverschrijdende fusie via de oprichting van een *Societas Europaea* (SE) heeft met de totstandkoming van de Tiende Richtlijn aan belang verloren.¹⁰ Dat heeft te maken met het bredere toepassingsbereik van de Tiende Richtlijn¹¹ en het feit dat een grensoverschrijdende fusie resulteert in een nationale vennootschap. Ik kies er daarom voor deze fusiewijze geen prominente plaats te geven in mijn onderzoek, maar volsta met een korte beschrijving en enkele verwijzingen.

9 In strikte zin wordt bij een rechtsvergelijking op een bepaald aspect het recht van verschillende landen vergeleken met als belangrijkste doel kennisverwerving ten behoeve van het leeraspect. Zie over de doelen en het nut van rechtsvergelijking meer uitgebreid Oderkerk (1999).

10 Report of the Reflection Group on the Future of Company Law, Brussels 5 April 2011, p. 29-30. Een zelfde beeld schetst het in opdracht van de Europese Commissie verrichtte onderzoek van Ernst & Young, 'Study on the operation and the impacts of the Statute for a European Company (SE)', 2008/S 144-192482, final report 9 december 2009, p. 215-217.

11 De oprichting van een SE staat open voor NV's en slechts onder strikte voorwaarden voor BV's. Daarnaast geldt een verplicht minimumkapitaal van €120.000.

Voorts is de rol van werknemers tot uitgangspunt genomen. Deze rol onderscheidt zich in vennootschappelijke en ondernemingsrechtelijke medezeggenschap. Hiermee is aangesloten bij de Tiende Richtlijn die beide aspecten noemt als zijnde relevant. De vennootschappelijke medezeggenschap wordt in Nederland uitgeoefend door de (centrale) ondernemingsraad. Het is logisch ook de ondernemingsrechtelijke medezeggenschap vanuit de optiek van de (centrale) ondernemingsraad te benaderen, nu tussen beide medezeggenschapsvormen een zekere samenhang en verwevenheid bestaat. De medezeggenschapsrechten van de vakorganisaties (externe medezeggenschap) vallen buiten de probleemstelling. De rol van ondernemingsraden die naar Duits respectievelijk Belgisch recht zijn ingesteld, komt aan de orde voor zover deze rol invloed heeft op de positionering van de Nederlandse (centrale) ondernemingsraad.

De financiële participatie van werknemers vormt geen onderdeel van het onderzoek. Van financiële participatie is sprake wanneer werknemers aandeelhouder van de vennootschap zijn. Vanuit hun positie als aandeelhouder kunnen de werknemers weliswaar invloed uitoefenen op de gang van zaken in de vennootschap, maar dat is niet de invloed waarop de Tiende Richtlijn doelt. Ook andere rechten van werknemers blijven in het onderzoek buiten beschouwing. Dit geldt voor het behoud van arbeidsvoorwaarden en de ontslagbescherming van werknemers. Deze rechten zijn uiteraard belangrijk, maar ondergaan in beginsel geen wijziging als gevolg van een grensoverschrijdende juridische fusie. De werknemers blijven werkzaam in de lidstaat waar zij voorafgaand aan de fusie hun werkzaamheden verrichtten. Voorts vormen de vennootschappelijke aspecten van een grensoverschrijdende juridische fusie niet het eigenlijke onderwerp van deze studie. Voor een goed begrip is het ondoenlijk de vennootschapsrechtelijke aspecten geheel buiten beschouwing te laten. Het boek beperkt zich tot een bespreking van deze aspecten voor zover zij relevant zijn voor de vaststelling van de rol van werknemers. Een uitputtende behandeling blijft achterwege. Ook de fiscale problematiek, de grensoverschrijdende splitsing en de grensoverschrijdende juridische fusie van andere rechtspersonen dan kapitaalvennootschappen zijn geen onderwerpen die in dit boek worden behandeld. Hetzelfde geldt voor mededingingsrechtelijke aspecten die een fusie in de weg kunnen staan.

1.7 Plan van behandeling

Het onderzoek is als volgt opgebouwd. Dit eerste hoofdstuk is een inleidend hoofdstuk. Hierin zijn de reden voor en de centrale probleemstelling van het onderzoek uiteengezet en is het onderzoek afgebakend. Tevens worden in dit hoofdstuk de belangrijkste begrippen gedefinieerd (paragraaf 1.8). Het vervolg van het onderzoek valt uiteen in drie delen.

Het eerste deel behandelt de Europese regelgeving en omvat de hoofdstukken 2 en 3. In hoofdstuk 2 wordt een overzicht gegeven van de Europese ontwikkelingen

op het gebied van fusies en de rol van werknemers (met uitzondering van de Tiende Richtlijn). Dit hoofdstuk biedt een overzicht van eerder ondernomen Europese initiatieven die van invloed zijn op de positie van de Nederlandse werknemer bij een grensoverschrijdende juridische fusie. Tevens worden de sluimerende en ingetrokken initiatieven besproken. De totstandkoming en inhoud van deze regelingen legt de problemen bloot waarmee de Europese wetgever door de jaren heen heeft geworsteld en geeft inzicht in de wijze waarop de onderwerpen zijn benaderd. Hoe de Tiende Richtlijn gestalte heeft gekregen en inhoudelijk wat de rol van werknemers betreft is vormgegeven, komt in hoofdstuk 3 aan bod. Dit eerste deel sluit af met een uiteenzetting van de uitgangspunten die ten grondslag liggen aan de Europese regels die inhoud geven aan de vennootschappelijke en ondernemingsrechtelijke medezeggenschapsrechten bij een grensoverschrijdende fusie.

Het tweede deel richt zich op de vennootschappelijke medezeggenschap. Onderzocht wordt in hoeverre bescherming toekomt aan de vennootschappelijke medezeggenschapsrechten van de Nederlandse werknemer indien de vennootschap in wier onderneming zij werkzaam zijn, besluit grensoverschrijdend juridisch te fuseren. Uit de bespreking van de Tiende Richtlijn in hoofdstuk 3 zal blijken dat het nationale medezeggenschapsrecht van de bij de fusie betrokken vennootschappen een essentiële rol speelt bij de vormgeving van het vennootschappelijke medezeggenschapssysteem in de uit de fusie ontstane vennootschap. In hoofdstuk 4 sta ik daarom uitgebreid stil bij het nationale recht van Nederland, Duitsland en België. Het materiële medezeggenschapsrecht van deze drie lidstaten vormt de basis van dit hoofdstuk. In het vijfde hoofdstuk verschuift de focus naar de grensoverschrijdende juridische fusie. Het implementatierecht van Nederland, Duitsland en België wordt bestudeerd en in een rechtsvergelijkend perspectief geplaatst. In hoofdstuk 6 komen de hoofdstukken 4 en 5 samen. In dit hoofdstuk staat centraal wat de fusie concreet betekent voor de vennootschappelijke medezeggenschapsrechten van de Nederlandse werknemers. Vanuit de Nederlandse werknemers bezien, zijn twee situaties denkbaar: de uit de fusie ontstane vennootschap vestigt zich (i) in Nederland of (ii) in één van de andere 27 lidstaten van de Europese Unie. De medezeggenschap van de Nederlandse werknemer wordt voor beide situaties geanalyseerd, waarbij de tweede situatie ervan uitgaat dat de statutaire zetel van de uit de fusie ontstane vennootschap in Duitsland of België komt te liggen. Het implementatierecht van art. 16 Tiende Richtlijn wordt afgezet tegen het toepasselijke vennootschapsrecht en – meer specifiek – wordt ingegaan op de situaties waaronder de fusie tot een verarming of een verrijking van de medezeggenschapsrechten van de Nederlandse werknemers kan leiden. Met de afronding van hoofdstuk 6 is het overzicht van het onderzoekerterrein voor de vennootschappelijke medezeggenschap gegeven.

Het derde deel gaat in op de ondernemingsrechtelijke medezeggenschap. Hoewel de Tiende Richtlijn voor deze vorm van medezeggenschap eveneens een afzonderlijke bepaling kent, is voornamelijk aansluiting gezocht bij het (implementatie)recht van eerder tot stand gebrachte richtlijnen. Ik ga in hoofdstuk 7 na welke ondernemingsrechtelijke medezeggenschapsrechten de Nederlandse werknemers toekomen

op het moment dat hun werkgever voornemens is tot grensoverschrijdend fuseren en of deze rechten uitoefenbaar zijn in een grensoverschrijdende context. Zowel de positie van de (centrale) ondernemingsraad als die van de Europese ondernemingsraad komt ter sprake. Ook wordt ingegaan op de vraag in hoeverre de ondernemingsrechtelijke medezeggenschapsrechten na de fusie behouden blijven.

Hoofdstuk 8 bevat de conclusies van het onderzoek en een antwoord op de probleemstelling. Hoewel het strikt genomen buiten de probleemstelling valt, worden na de conclusie ideeën aangedragen om de rol van werknemers beter te doen aansluiten bij de uitgangspunten die aan de Europese regelgeving ten grondslag liggen.

1.8 Terminologie

1.8.1 *De grensoverschrijdende juridische fusie*

Een juridische fusie is de rechtshandeling van twee of meer vennootschappen waarbij de ene het vermogen van de andere onder algemene titel verkrijgt of waarbij een door de fusiepartners gezamenlijk opgerichte rechtspersoon hun vermogen onder algemene titel verkrijgt. Kenmerkend voor de grensoverschrijdende fusie is dat bij de fusie altijd ten minste twee vennootschappen betrokken zijn die ressorteren onder de nationale wetgeving van verschillende lidstaten. Het rechtskarakter en de rechtsgevolgen van een grensoverschrijdende juridische fusie komen overeen met die van een nationale juridische fusie. Ook bij de grensoverschrijdende juridische fusie gaat het vermogen van de verdwijnende vennootschap(pen) over op de verkrijgende of nieuw opgerichte vennootschap. Dit geldt ongeacht waar de activa zijn gelegen en ongeacht het recht dat op de overeenkomsten van toepassing is. Als de verkrijgende of nieuw opgerichte vennootschap in het buitenland is gelegen, verworden de (activiteiten van de) verdwijnende vennootschap(pen) tot een buitenlands filiaal. Dit filiaal is juridisch beschouwd een onzelfstandig onderdeel van de buitenlandse vennootschap.

De grensoverschrijdende juridische fusie – hierna ook wel geduid met de term grensoverschrijdende fusie – kent twee hoofdvormen: (i) de fusie door overname van één of meer vennootschappen en (ii) de fusie door oprichting van een nieuwe vennootschap. In de eerste situatie neemt een bestaande vennootschap één of meer buitenlandse vennootschappen over. Met uitzondering van de verkrijgende vennootschap houden de fuserende vennootschappen als gevolg van de fusie op te bestaan. In de tweede situatie richten twee of meer vennootschappen een nieuwe vennootschap op. Hier geldt dat de oprichters door het van kracht worden van de fusie ophouden te bestaan. De rechtsgevolgen zijn in beide vormen hetzelfde. Het eerste rechtsgevolg is zojuist al genoemd: het verdwijnen van één of meer vennootschappen. Daarbij geldt dat de vennootschappen door het van kracht worden van de juridische fusie ophouden te bestaan, zonder dat een formele ontbinding en een vereffening behoeft plaats te vinden. Ze gaan zagezegd teniet. Een ander belangrijk

rechtsgevolg is dat de overnemende of nieuw opgerichte vennootschap de verdwijnende vennootschap(pen) onder algemene titel voortzet. De activa en de passiva van de verdwijnende vennootschap(pen) gaan door de juridische fusie van rechtswege over op de verkrijgende of nieuw opgerichte vennootschap. Onder activa en passiva vallen de rechtsverhoudingen zoals (arbeids)overeenkomsten. Een laatste rechtsgevolg is dat de aandeelhouders van de overgenomen vennootschap(pen) in beginsel van rechtswege aandeelhouders worden van de overnemende of nieuw opgerichte vennootschap overeenkomstig hun oorspronkelijke aandelenbezit en de vastgestelde ruilverhouding.

Een Nederlandse kapitaalvennootschap kan op verschillende manieren betrokken zijn bij een grensoverschrijdende juridische fusie. Er kan sprake zijn van een *inbound* fusie of een *outbound* fusie. Vanuit Nederlands perspectief wordt met een *inbound* fusie bedoeld op de fusie waarbij een niet-Nederlandse vennootschap verdwijnt (opgaat) in een Nederlandse vennootschap. De Nederlandse uit de fusie ontstane vennootschap kan een aan de fusie deelnemende of een nieuw opgerichte vennootschap zijn. Bij een *outbound* fusie verdwijnen één of meer Nederlandse vennootschappen in een vennootschap die wordt beheerst door het recht van een andere lidstaat. De begrippen *inbound* en *outbound* zijn relatief. Wat vanuit Nederlands perspectief een *outbound* fusie is, is vanuit buitenlands perspectief een *inbound* fusie en omgekeerd. In het kader van dit onderzoek wordt de fusie bekeken vanuit het Nederlandse perspectief, tenzij anders is weergegeven.

1.8.2 Andere vormen van grensoverschrijdend fuseren

Naast de grensoverschrijdende juridische fusie zijn er nog twee andere soorten fusies te onderscheiden: de aandelenfusie en de bedrijfsfusie.

Bij de aandelenfusie verwerft een vennootschap de aandelen van een andere vennootschap tegen (nieuw geëmitteerde) aandelen van de overnemende vennootschap en/of tegen andere vermogensbestanddelen, zoals contanten. Dit is ook mogelijk indien de overnemende vennootschap in het buitenland is gelegen. Het komt er zagezegd op neer dat de overnemende vennootschap een bod doet op de aandelen in de andere (doel)vennootschap, waarbij de eerste zich bereid verklaart de aandelen van de laatste tegen een bepaald bedrag in contanten over te nemen of deze ‘om te ruilen’ in door haar nieuw uit te geven aandelen. Het bod wordt gedaan aan de aandeelhouders van de over te nemen vennootschap. De aandeelhouders moeten het bod individueel aanvaarden. Deze fusievorm is betrekkelijk eenvoudig. De aandelenfusie houdt niet meer in dan een overdracht van aandelen. Een bestuursbesluit voor het welslagen is niet nodig. Dat neemt niet weg dat in de praktijk de besturen van beide vennootschappen voorafgaand overleg plegen te voeren, waarbij de potentiële overnemer in beginsel een onderzoek verricht naar onder andere de financiële hoedanigheid van de over te nemen vennootschap (due-diligence). Voor

het welslagen van een aandelenfusie is niet noodzakelijk dat alle aandeelhouders het bod accepteren. Indien de overnemende vennootschap door een bod een 95%-belang heeft verkregen, kan zij de overgebleven minderheidsaandeelhouders uitkopen (art. 2:92a/201a BW en art. 2:359c BW). Een belangrijk verschil met de juridische fusie is dat de bij de fusie betrokken vennootschappen als rechtspersoon blijven bestaan. Anders gezegd, de vennootschappen blijven zelfstandige juridische entiteiten. In de rechten en plichten van de overgenomen vennootschap treedt geen verandering op.

Een tweede vorm van fuseren is de bedrijfsfusie, ook wel activa/passiva transactie genoemd. Bij een grensoverschrijdende bedrijfsfusie draagt een vennootschap haar onderneming of een deel daarvan over aan een vennootschap die is gevestigd in het buitenland. Dit gebeurt in de regel tegen een bedrag in contanten of de uitgifte van aandelen in de overnemende vennootschap. Gedacht moet worden aan de overdracht van gebouwen, inventaris, vergunningen, klantenkring, maar ook aan schulden en overeenkomsten. Aangezien de onderneming geen goed is in de zin van art. 3:13 BW kan de onderneming als zodanig niet worden overgedragen. Dit heeft tot gevolg dat de ondernemingsactiviteiten die de overnemende vennootschap verkrijgt ieder op zich dienen te worden overgedragen en wel op de wijze zoals de wet dat voorschrijft. Hierin onderscheidt de bedrijfsfusie zich van de juridische fusie waarbij het gehele vermogen onder algemene titel overgaat. Bij een bedrijfsfusie moet men voor elk afzonderlijk vermogensbestanddeel de leveringsvereisten naleven (met in sommige gevallen het risico van heronderhandelen). Hierdoor kan de bedrijfsfusie een bewerkelijke en kostbare operatie zijn. Een voordeel is dat de overnemende vennootschap kan overnemen wat zij wil en niet snel met onverwachte verplichtingen wordt geconfronteerd. Een belangrijke uitzondering vormen de arbeidsovereenkomsten. Op grond van Richtlijn 2001/23/EG gaan de rechten en plichten van de werknemers die in dienst zijn bij het deel van de onderneming dat wordt overgedragen van rechtswege over op de overnemende vennootschap. Dit geldt ook voor werknemers die hun dienstverband hebben bij een andere concern-onderneming, maar permanent bij de overgedragen onderneming werkzaam zijn.¹²

1.8.3 De rol van de werknemers

Sinds 1983 bepaalt art. 19 lid 2 van de Grondwet: *‘De wet stelt regels omtrent de rechtspositie van hen die arbeid verrichten en omtrent hun bescherming daarbij, alsmede omtrent medezeggenschap’*. Een definitie van medezeggenschap ontbreekt. In de Nederlandse Grote van Dale wordt onder medezeggenschap verstaan: *‘het*

¹² HvJ EU 21 oktober 2010, nr. C-242/09, NJ 2010/576, JAR 2010/298 (*Albron Catering BV/FNV Bondgenoten & John Roest*) en voor Nederland HR 5 april 2013, JAR 2013/125 m.nt. Beltzer (*Albron Nederland BV/FNV Bondgenoten & John Roest*).

recht over iets mee te mogen spreken, met gedachte aan invloed op de beslissing of besluitvorming.’ Als synoniem voor medezeggenschap wordt het begrip inspraak genoemd dat inhoudt: *‘het recht van werknemers om in het beheer van een onderneming of een bedrijf mee te spreken’*. Zo simpel als de Van Dale het stelt, is het juridisch gezien niet. Dit blijkt wel uit het feit dat binnen Nederland over dit begrip een uitgebreide hoeveelheid literatuur voorhanden is. Medezeggenschap is aangeduid als ‘moeilijk te definiëren’ en een ‘containerbegrip’¹³ of als een ‘multi-interpretabel begrip waar een ieder uitpikt wat in zijn kraam te pas komt’.¹⁴ Hoewel de meeste auteurs verschillende definities hanteren, komt het volgens Verburg qua steekwoorden steeds uit op het drieluk: meeweten, meespreken en meebeslissen, en wel door werknemers.¹⁵

Een ander punt is ten aanzien waarvan het meeweten, meespreken en meebeslissen geldt. De medezeggenschap van Nederlandse werknemers(vertegenwoordigers) varieert van het recht op informatie, het recht te worden geraadpleegd, het recht advies uit te brengen en/of het recht in te stemmen met bepaalde besluiten (WOR-bevoegdheden) tot bevoegdheden inzake de samenstelling van de organen in de vennootschap (boek 2 BW-bevoegdheden). Een beperkt aantal auteurs gaat er in zijn definitie vanuit dat medezeggenschap slechts betrekking heeft op de medezeggenschap bij besluiten van de ondernemer in de zin van de WOR.¹⁶ Ook het kabinet leek met het wetsvoorstel Wet Medezeggenschap Werknemers uit 2004 deze strikte uitleg aan te hangen.¹⁷ Het begrip medezeggenschap werd weliswaar niet gedefinieerd, maar in de memorie van toelichting merkt het kabinet op dat de WOR en het betreffende wetsvoorstel de medezeggenschapsregels gaven ter uitwerking van art. 19 lid 2 Grondwet.¹⁸ De Sociaal-Economische Raad (SER) hanteerde in zijn advies op het wetsvoorstel een bredere definitie. De SER verstaat onder medezeggenschap *‘(...) de mogelijkheid voor werknemers om in collectief verband uitdrukking te geven aan verantwoordelijkheidszin voor de gang van zaken van de onderneming, invloed uit te oefenen op de besluitvorming van de ondernemer ten aanzien van de aangelegenheden die hun positie wezenlijk raken, en zelf op te komen voor de bescherming en bevordering van hun belangen’*.¹⁹ Een dergelijke

13 Goodijk & Sorge (2005), p. 13.

14 Van het Kaar & Smit (2007), p. 38.

15 Voor een uitgebreide uiteenzetting en literatuurverwijzing wordt verwezen naar Verburg (2007a), p. 20.

16 Jacobs (2003), p. 207; Heerma van Voss (2003), p. 217.

17 Deze wet zou de huidige Wet op de ondernemingsraden vervangen, maar is op 5 oktober 2005 ingetrokken.

18 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 818, nr. 3, p. 1-2.

19 SER (2003), p. 59. Deze definitie wordt herhaald in de notitie consultatief overleg van de SER-Commissie Arbeid, Onderneming en Medezeggenschap van 21 september 2009.

brede hantering sluit aan bij de meerderheidsopvatting in de literatuur. Verburg verstaat onder medezeggenschap *‘het geheel van regels dat ziet op (i) de betrokkenheid van de werknemers bij de sturing van de onderneming en bij de beslissingen die hen aangaan, alsmede (ii) de invloed van de werknemers op de samenstelling van het toezichthoudend of bestuursorgaan van de onderneming’*.²⁰ Ook Van het Kaar, Smit en Roest staan een dergelijk ruime definitie voor.²¹

Op Europees vlak hanteert men een ander begrippenarsenaal. Richtlijn 2001/86/EG betreffende de rol van werknemers bij de SE (SE-Richtlijn) definieert het medezeggenschapsbegrip voor het eerst. Art. 1 (k) van deze richtlijn verstaat onder medezeggenschap *‘de invloed van het orgaan dat de werknemers vertegenwoordigt en/of van de werknemersvertegenwoordigers op de gang van zaken bij een vennootschap via het recht om een aantal leden van het toezichthoudend of het bestuursorgaan van de vennootschap te kiezen of te benoemen, of het recht om met betrekking tot de benoeming van een aantal of alle leden van het toezichthoudend of het bestuursorgaan van de vennootschap aanbevelingen te doen of bezwaar te maken’*. De Tiende Richtlijn hanteert hetzelfde medezeggenschapsbegrip.²² Europeesrechtelijk beschouwd vallen informatie- en raadplegingsbevoegdheden dus niet onder het begrip medezeggenschap. Deze bevoegdheden duidt men aan met het begrip ‘betrokkenheid’. Het begrip ‘rol van werknemers’ omvat zowel de medezeggenschap als de betrokkenheid.

Duidelijk is dat van het begrip medezeggenschap geen eenduidige definitie voorhanden is. Terwijl in Nederland doorgaans zowel de WOR-bevoegdheden als de boek 2 BW-bevoegdheden onder het begrip worden geschaard, is dat op Europees niveau anders. Het Nederlandse brede begrip van medezeggenschap omvat hetgeen men op Europees niveau aanduidt met de term rol van werknemers. Europese medezeggenschap omvat slechts de boek 2 BW-bevoegdheden. Nu de Europese regelgeving – meer specifiek de Tiende Richtlijn – in dit onderzoek een centrale positie inneemt, sluit ik aan bij de op Europees niveau gebruikte definities. Daar komt bij dat de Nederlandse wetgever zich bij de implementatie van de Tiende Richtlijn ook van de Europese terminologie bediende. Dit leidt tot de volgende drie definities:

- De betrokkenheid van werknemers: de invloed van werknemers(vertegenwoordigers) op de besluitvorming van de ondernemer. De betrokkenheid heeft betrekking op de informatieverstrekking aan en de raadpleging van werknemers(vertegenwoordigers) en omvat tevens het recht tot het uitbrengen van advies.

20 Verburg (2007a), p. 20.

21 Van het Kaar & Smit (2007), p. 37; Roest (1996), p. 4.

22 Art. 16 Tiende Richtlijn verwijst naar de in art. 1 (k) SE-Richtlijn gehanteerde definitie van medezeggenschap.

- De medezeggenschap van werknemers: de invloed van de werknemers (vertegenwoordigers) op de gang van zaken bij een vennootschap via het recht om een aantal leden van het leidinggevende, toezichthoudende of bestuursorgaan te benoemen, dan wel daartoe aanbevelingen te doen of daartegen bezwaar te maken.
- De rol van de werknemers: zowel de betrokkenheid als de medezeggenschap.

1.8.4 Overige begrippen

De Tiende Richtlijn is van toepassing op de lidstaten van de Europese Unie. Vanwege een Overeenkomst met de landen van de Europese Economische Ruimte (EER) geldt de Tiende Richtlijn ook voor IJsland, Noorwegen en Liechtenstein. Waar in het onderzoek wordt gesproken over lidstaten wordt eveneens op de EER-landen gedoeld.

Voor de betekenis van het begrip ‘kapitaalvennootschap’ is aangesloten bij de definitie die de Tiende Richtlijn hanteert. Het gaat om een vennootschap als bedoeld in art. 1 van de Eerste Richtlijn inzake het vennootschapsrecht.²³ Hieronder vallen voor Nederland de naamloze vennootschap (NV) en de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (BV). Voor Duitsland zijn dit de Duitse *Aktiengesellschaft* (AG), de *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (GmbH) en de *Kommanditgesellschaften auf Aktien* (KGaA) en voor België de naamloze vennootschap (NV) en de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (BVBA). Voorts verstaat de Tiende Richtlijn onder het begrip ‘kapitaalvennootschap’ een rechtspersoon die rechtspersoonlijkheid bezit, een afgescheiden vermogen heeft dat uitsluitend voor de schulden van de vennootschap kan worden aangesproken en die zich overeenkomstig de op haar van toepassing zijnde nationale wetgeving moet houden aan de waarborgen zoals bedoeld in voornoemde Eerste Richtlijn. De Belgische commanditaire vennootschap op aandelen (Comm. VA) voldoet aan deze omschrijving. Dit geldt ook voor de Duitse *genossenschaftliche Prüfungsverbände*. De Duitse wetgever heeft deze rechtspersoon op grond van art. 3 lid 2 Tiende Richtlijn evenwel van het toepassingsbereik uitgesloten. Tot slot valt de SE onder de definitie van kapitaalvennootschap.

Verder nemen de begrippen ‘werknemer’, ‘betrokken vennootschap’, ‘dochteronderneming’ en ‘vestiging’ een belangrijke plaats in binnen het onderzoek. Aan deze begrippen wordt op Europees niveau en op nationaal niveau niet altijd dezelfde eenduidige uitleg gegeven. Dit maakt het onmogelijk op voorhand algemene

²³ Richtlijn 68/151/EEG van de Raad van 9 maart 1968 strekkende tot het coördineren van de waarborgen, welke in de Lid-Staten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 58 van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden, zulks ten einde die waarborgen gelijkwaardig te maken (*PbEEG* 1968, L 65/8), laatstelijk gewijzigd door Richtlijn 2003/58/EG van het Europees Parlement en de Raad (*PbEG* 2003, L 221/13).

definities te formuleren. Op deze begrippen wordt in de afzonderlijke hoofdstukken uitgebreid ingegaan.

Tot slot. Bij de bespreking van het buitenlandse recht ontkom ik er niet aan Duitse en Belgische begrippen te vermelden als een één op één vertaling in het Nederlands niet voorhanden is of de duidelijkheid van het begrip niet ten goede komt. Deze begrippen worden in de tekst *schuin* gedrukt weergegeven. Deze schrijfwijze geldt niet voor buitenlandse wetteksten en afkortingen.

Het onderzoek is afgesloten op 1 juni 2013. Nadien verschenen literatuur en rechtspraak is zoveel mogelijk nog verwerkt.

2 EERDERE EUROPESE ONTWIKKELINGEN

2.1 Inleiding

De Tiende Richtlijn kent een regeling voor de grensoverschrijdende fusie en de daarbij behorende rol van werknemers. Binnen het Europese recht zijn andere wettelijke regelingen te vinden die met dit onderwerp raakvlakken vertonen. Deze verordeningen en richtlijnen staan in dit hoofdstuk centraal. Bekeken wordt hoe de totstandkoming is verlopen, welke problemen zich daarbij voordeden en tot welke inhoudelijke regelingen dit uiteindelijk heeft geleid. De uiteenzetting geeft inzicht in de wijze waarop de Europese wetgever aan de rol van werknemers op Europees niveau invulling heeft willen geven. Bovendien biedt het uitgangspunten de rol van werknemers bij grensoverschrijdende fusies te kunnen duiden, daar de Tiende Richtlijn op diverse plaatsen verwijst naar dan wel aansluit bij de eerder tot stand gebrachte regelgeving. Dit tweede hoofdstuk bestrijkt ook de vestigingsvrijheid. De vrijheid van vestiging is één van de pijlers binnen de steeds verdergaande eenwording van Europa en betreft de rechtsbasis waarop de Tiende Richtlijn is gestoeld. Nagegaan wordt in hoeverre de vrijheid van vestiging zelfstandig een juridische grondslag voor grensoverschrijdend fuseren biedt. In paragraaf 2.9 komen tot slot de sluimerende en ingetrokken Europese initiatieven op wetgevingsterrein aan bod.

2.2 Europese wetgevingsbevoegdheden

De (grensoverschrijdende) fusie en de rol van werknemers hebben ieder op Europees niveau een eigen ontwikkeling doorgemaakt. Dit is voor een belangrijk deel te verklaren door het verschillende belang dat aan beide aspecten werd – en wellicht nog steeds wordt – toegekend.

De Europese Unie is van oorsprong een economische gemeenschap waarbij de transnationale mobiliteit vanaf de oprichting hoog op de agenda stond. Het verbaast daarom niet dat het EEG-Verdrag van 1957 op de lidstaten reeds de plicht legde te onderhandelen over de mogelijkheid tot grensoverschrijdend fuseren. De verschillende nationale regels op vennootschapsrechtelijk gebied stonden echter lange tijd aan een uitkomst in de weg. De harmonisatie van het vennootschapsrecht houdt de Europese wetgever al jaren bezig. De eerste initiatieven van de Commissie dateren

uit 1962.¹ Deze harmonisatiewerkzaamheden vinden nu – meer dan 50 jaar later – nog altijd plaats. De oorspronkelijke economische doelstelling van het EEG-Verdrag verklaart waarom de rol van werknemers lange tijd onderbelicht bleef. In de doelstellingen van het EEG-Verdrag uit 1957 stond ten aanzien van de sociale politiek slechts vermeld *‘vaststellende, als wezenlijk doel van hun streven, een voortdurende verbetering van de omstandigheden waaronder hun volkeren leven en werken, te verzekeren’*. Hoewel het EEG-Verdrag aan de sociale politiek een eigen hoofdstuk wijdde (titel III), waren de in dit hoofdstuk opgenomen bepalingen zo vaag geformuleerd dat het niet duidelijk was welke wetgevingsbevoegdheid er bestond.² De Europese Commissie moest haar voorstellen daarom noodgedwongen baseren op de restbepaling van art. 235 EEG-Verdrag (thans art. 352 VWEU) dan wel art. 100 EEG-Verdrag (thans art. 115 VWEU). Deze restbepalingen vereisten voor de besluitvorming unanimititeit binnen de Raad. Bovendien konden de restbepalingen slechts als rechtsbasis gelden indien (i) de onderwerpen rechtstreeks van invloed waren op de instelling of de werking van de gemeenschappelijke markt, dan wel (ii) een doelstelling van de EEG verwezenlijkt moest worden waartoe geen andere wettelijke bevoegdheid bestond. De beide voorwaarden waren voor sociale onderwerpen vaak lastig aantoonbaar.

Vanaf begin jaren zeventig kwam er meer aandacht voor de sociale politiek. In 1974 stelde de Commissie het eerste Sociale Actieprogramma vast waarin de nadruk lag op de noodzaak van een nauwe samenwerking op sociaal terrein.³ Eén van de doelstellingen was gericht op een toenemende betrokkenheid van werknemers in de onderneming waar zij werkzaam waren. Ook kwamen na 1975 enige richtlijnen tot stand die mede aan sociale onderwerpen aandacht schonken.⁴ De Europese Akte uit 1987 gaf nieuwe impulsen aan het denken over het sociaal beleid en als onderdeel daarvan de inhoud van de rol voor werknemers op Europees niveau. Dit leidde in 1989 tot het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van de werkenden (Sociaal Handvest).⁵ Door felle tegenstand van het Verenigd Koninkrijk werd het Sociaal Handvest slechts aanvaard in de vorm van een politieke intentieverklaring van de overige toenmalige elf lidstaten. Hoewel het Sociaal Handvest niet juridisch bindend was, heeft het de basis gevormd van het Actieprogramma uit 1989 waarin

1 De bescherming van derden - waaronder eveneens de werknemer werd verstaan - gold als één van de drijvende krachten om tot harmonisatie te komen. Zie COM (2003) 284 def, p. 3.

2 Watson (2009), p. 44.

3 Bulletin van de Europese Gemeenschappen, supplement 2/74, p. 8.

4 Richtlijn 75/129/EEG van de Raad van 17 februari 1975 betreffende de aanpassing van de wetgevingen van de Lid-Staten inzake collectief ontslag (*PbEEG* 1975, L 48/29), laatstelijk gewijzigd bij Richtlijn 98/59/EG van de Raad van 20 juli 1998 (*PbEG* 1998, L 25/1) en Richtlijn 77/187/EEG van de Raad van 14 februari 1977 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan (*PbEEG* 1977, L 61/26), laatstelijk gewijzigd bij Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 (*PbEG* 2001, L 82/16).

5 De Nederlandse tekst van het Sociaal Handvest is opgenomen in SR 1990, p. 52-54.

de Commissie op sociaal terrein met 47 voorstellen kwam.⁶ Ook nu bleek problematisch dat de voorstellen moesten worden gebaseerd op de restbepalingen uit het EEG-Verdrag en alleen met unanimité binnen de Raad tot stand konden komen.⁷ Het Verenigd Koninkrijk boycotte een aanpassing van de besluitvormings-procedure. De overige lidstaten lieten het er echter niet bij zitten en vonden elkaar in december 1991 in de Overeenkomst betreffende de sociale politiek.⁸ De overeenkomst kende een eigen rechtsbasis voor wetgevingsvoorstellen op sociaal gebied, ging uit van een besluitvorming binnen de Raad met een gekwalificeerde meerderheid na overleg met het Parlement en het Economisch en Sociaal Comité en legde een (versterkte) wettelijke basis voor Europese collectieve arbeidsovereenkomsten. Onder meer Richtlijn 94/45/EG inzake de Europese ondernemingsraad is op basis van de Overeenkomst betreffende de sociale politiek tot stand gebracht.⁹

De Britse weigering de Overeenkomst betreffende de sociale politiek te ondertekenen kende het risico van een sociaal Europa met twee snelheden. Dat bleek mee te vallen. Na het aantreden van de regering Blair in mei 1997 wenste het Verenigd Koninkrijk niet langer gebruik te maken van zijn *opting-out* clause en werd de Overeenkomst betreffende de sociale politiek met het Verdrag van Amsterdam als titel XI in het EG-Verdrag opgenomen. Art. 153 lid 1 VWEU (voorheen art. 137 lid 1 EG-Verdrag) bepaalt thans dat de Gemeenschap het optreden van de lidstaten ondersteunt en aanvult op het gebied van '*(e) de informatie en de raadpleging van de werknemers*'. De op deze rechtsbasis gebaseerde minimumrichtlijnen moeten worden aangenomen met een gekwalificeerde meerderheid binnen de Raad en met medebeslissing van het Parlement. Voorstellen met betrekking tot '*(f) de vertegenwoordiging en collectieve verdediging van de belangen van werknemers en werkgever, met inbegrip van medezeggenschap, onder voorbehoud van lid 5*' kunnen slechts met unanimité binnen de Raad en na raadpleging van het Parlement tot regelgeving worden verheven.

2.3 Het grondrecht op informatie en raadpleging

Het in de vorige paragraaf genoemde Sociaal Handvest uit 1989 is in december 2000 opgenomen in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie

6 COM (89) 568 def.

7 COM (91) 511 def. Deze regel genoot uitzondering met betrekking tot voorstellen op het gebied van veiligheid en gezondheid.

8 De Overeenkomst betreffende de sociale politiek was een bijlage bij het Verdrag van Maastricht tot oprichting van de Europese Unie. De Nederlandse tekst van de overeenkomst is opgenomen in *SR* 1992, p. 140-142.

9 Richtlijn 94/45/EG van de Raad van 22 september 1994 inzake de instelling van een Europese ondernemingsraad of van een procedure in ondernemingen of concerns met een communautaire dimensie ter informatie en raadpleging van de werknemers (*PbEG* 1994, L 254/64), laatstelijk gewijzigd bij Richtlijn 2009/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 mei 2009 (*PbEU* 2009, L 122/28).

(EU-Handvest).¹⁰ Het recht op informatie en raadpleging is neergelegd in art. 27 en wordt als eerste recht genoemd in Hoofdstuk IV dat de titel ‘Solidariteit’ draagt. De onderkenning van het recht op informatie en raadpleging van werknemers als een fundamenteel recht was een grote stap in de ontwikkeling van de Europese sociale politiek. Slechts twee van de toenmalige lidstaten (Nederland en België) hadden een soortgelijk recht in hun nationale grondwet staan. De formulering van de tekst heeft nog wel wat voeten in de aarde gehad. In één van de eerste concepten uit 27 maart 2000 luidde de tekst: *‘Werknemers en hun vertegenwoordigers hebben het recht op effectieve informatie en raadpleging binnen de onderneming waarbinnen zij werken, in het bijzonder bij collectieve ontslagen en besluiten over de arbeidsvoorwaarden en het werkklimaat.’*¹¹

Nog geen twee maanden later was de tekst behoorlijk aangepast. In het concept van 5 mei 2000 was het woord ‘effectieve’ vervangen door ‘tijdige’. Ook waren de specifiek genoemde omstandigheden verwijderd.¹² In een volgend voorstel was de tekst wederom compleet veranderd. De verwijzing naar ‘het recht op’ was vervangen door ‘moet worden gegarandeerd’ en ter aanvulling was opgenomen ‘in de gevallen en onder de voorwaarden waarin het gemeenschapsrecht en het nationale recht en praktijken voorzien’. Met het voorstel van 14 september 2000 werd het artikel nogmaals aangepast.¹³ Het woordje ‘en’ tussen werknemers en hun vertegenwoordigers was vervangen door het woordje ‘of’. Tevens was de tekst aangevuld met de verwijzing naar ‘op alle niveaus’, dat met het concept van 28 september 2000 weer werd gewijzigd in ‘passende niveaus’. Art. 27 van het EU-Handvest is thans als volgt geformuleerd: *‘Werknemers of hun vertegenwoordigers moeten de zekerheid krijgen op de passende niveaus tijdig te worden voorgelicht en geraadpleegd, in de gevallen en onder de voorwaarden waarin het Gemeenschapsrecht en het nationale recht en de praktijken voorzien.’*

De aanpassingen hebben de uiteindelijke tekst minder omvangrijk, maar ook meer specifiek en precies gemaakt. Minder omvangrijk omdat het oorspronkelijke woord ‘effectieve’ niet alleen betrekking had op tijdigheid, maar ook op andere eisen zoals de mogelijkheid tot het inschakelen van experts en het opleiden van de werknemers of hun vertegenwoordigers. De wijziging van ‘werknemers en hun vertegenwoordigers’ naar ‘werknemers of hun vertegenwoordigers’ heeft ogenschijnlijk weinig om het lijf, maar heeft de taak van de werkgever mijns inziens verduidelijkt. De werkgever kan bij het bestaan van werknemersvertegenwoordigers volstaan met het informeren en raadplegen van de vertegenwoordigers zonder ook nog eens alle

10 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (*PbEG* 2000, C 364/1).

11 Concept Handvest van 27 maart 2000, nr. 4192/00.

12 Concept Handvest van 5 mei 2000, nr. 4284/00.

13 Concept Handvest van 14 september 2000, nr. 4470/00.

werknemers afzonderlijk langs te moeten gaan.¹⁴ Eén wijziging heeft het bereik van art. 27 aanzienlijk vergroot. Met de wijziging van 28 september 2000 is de zinsnede ‘zaken die hun aangaan binnen de onderneming’ verwijderd. Hierdoor vallen nu ook (relevante) zaken buiten de onderneming alsmede zaken die geen directe gevolgen hebben voor de werknemers onder het toepassingsbereik.

Onduidelijkheid bestaat over de vraag wat moet worden verstaan onder het begrip ‘vertegenwoordigers’. Zijn dat de vertegenwoordigers die direct door de werknemers worden gekozen of vallen onder het begrip eveneens de vakbonden, zelfs indien zij geheel buiten de onderneming staan zoals dat in Duitsland het geval is? Ik deel de mening van Blanke dat een breed toepassingsbereik is beoogd.¹⁵ Binnen de lidstaten bestaan verschillende vormen van werknemersvertegenwoordiging en uit de tekst valt niet af te leiden dat slechts de ondernemingsraden onder het begrip vallen. Ook de richtlijnen die betrekking hebben op informatie en raadpleging verwijzen stevast naar de vertegenwoordigers van de werknemers volgens de wetgeving en/of de gebruiken van de lidstaten.¹⁶

Met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon op 1 december 2009 heeft het EU-Handvest een juridisch bindende status gekregen.¹⁷ Via de band van art. 6 lid 1 derde alinea VWEU heeft het EU-Handvest de status van primair Unierecht. Het Hof van Justitie heeft in het arrest *Günter Fuß* duidelijk gemaakt dat de implementatie van het secundaire Unierecht dient te geschieden met inachtneming van de grondrechten en dat de rechter bij de interpretatie van het nationale implementatierecht de grondrechten in acht dient te nemen.¹⁸ Bovendien kunnen burgers en rechtspersonen in een nationale procedure tegen de overheid op de grondrechten in het EU-Handvest direct een beroep doen, mits deze – kort gezegd – onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn geformuleerd (verticale rechtsverhouding). Dat geldt hoogstwaarschijnlijk niet voor art. 27, nu deze bepaling een zeer vage formulering kent. Dit neemt niet weg dat het fundamentele recht op informatie en raadpleging de Europese en daaruit voortkomende nationale regelgeving op dit terrein inspireert en aangeeft in welke richting toekomstige Europese regelgeving moet worden ontwikkeld.

14 Zie in dat verband ook HvJ EG 16 juli 2009, nr. C-12/08, *JAR* 2009/235 (*Mona Car/Odemis e.a.*) waarin het Hof van Justitie met betrekking tot Richtlijn 98/95/EG inzake collectief ontslag oordeelde dat de verwijzing naar vertegenwoordigers duidelijk maakt dat het gaat om een collectief en geen individueel recht.

15 Blanke (2002), p. 285.

16 Zie o.a. art. 2 (d) EOR-Richtlijn, art. 2 (e) Richtlijn 2002/14/EG en art. 2 (e) SE-Richtlijn.

17 Polen en het Verenigd Koninkrijk hebben in een protocol bij het Verdrag van Lissabon laten vastleggen dat het EU-Handvest de grondrechtelijke bescherming van burgers in deze landen niet uitbreidt ten opzichte van de situatie voor inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon (*PbEG* 2007, C 306/156).

18 HvJ EU 14 oktober 2010, nr. C-234/09, *JAR* 2010/297 (*Günter Fuß*).

2.4 Derde Richtlijn

2.4.1 Historische ontwikkeling

Op 12 juni 1970 publiceerde de Commissie een eerste ontwerp voor een richtlijn met betrekking tot juridische fusies (Derde Richtlijn).¹⁹ Het voorstel diende een tweeledig doel. De Commissie wilde bewerkstelligen dat lidstaten die de juridische fusie als rechtsfiguur niet kenden – zoals Nederland – de rechtsvorm in hun recht zouden introduceren. Daarnaast moesten de nationale voorschriften inzake de juridische fusie worden gecoördineerd ter bescherming van belangen van deelnemers en derden. De totstandkoming van de Derde Richtlijn werd gezien als een belangrijke stap op weg naar de verwezenlijking van de grensoverschrijdende fusie.²⁰ Alleen Italië liet indertijd een grensoverschrijdende fusie toe. De andere lidstaten vreesden dat de grensoverschrijdende fusie vanwege de aanzienlijke verschillen in het interne fusierecht zou leiden tot ongewenste en kunstmatige bewegingen van kapitaal en onderneming.²¹ Harmonisatie van het interne fusierecht werd door deze lidstaten als een voorwaarde beschouwd voor een toekomstige bevredigende regeling op dit terrein.

Drie jaar later presenteerde de Commissie een gewijzigd voorstel.²² De tekst was in grote mate aangepast aan het conceptverdrag over de internationale fusie van NV's zoals dat door regeringsdeskundigen was opgesteld in het kader van art. 220 lid 3 EEG-Verdrag (zie hoofdstuk 3.2.1). De meest omvangrijke aanpassing had betrekking op de informatie en raadpleging van werknemers (zie hierna paragraaf 2.4.3). In december 1975 kwam de Commissie naar aanleiding van het advies van het Parlement wederom met een gewijzigd voorstel.²³ Deze versie is op 9 oktober 1978 door de Raad aangenomen.²⁴ De uiteindelijke versie bepaalt niets over de informatieverstrekking aan en raadpleging van werknemers.

Art. 32 Derde Richtlijn droeg de lidstaten op binnen drie jaar na 9 oktober 1978 hun nationale wetgeving aan de Derde Richtlijn aan te passen. De termijn werd verruimd tot 1 januari 1986 voor lidstaten die de Zesde Richtlijn inzake splitsing tegelijkertijd in hun wetgeving wilden implementeren.²⁵ Veel lidstaten hebben de uiterlijke

19 COM (1970) 633 def.

20 Advies van het Economisch en Sociaal Comité van 6 september 1971 (*PbEG* 1971, C 88/18). Ook het Parlement omarmde deze zienswijze in zijn advies van 11 december 1972 (*PbEG* 1972, C 129/50).

21 Van Solinge (1994), p. 32.

22 COM (1972) 1968 def.

23 COM (1975) 671 def.

24 Richtlijn 78/855/EEG van de Raad van 9 oktober 1978 op de grondslag van art. 54, lid 3, sub g), van het Verdrag betreffende fusies van naamloze vennootschappen (*PbEG* 1978, L 295/36).

25 Zesde Richtlijn 82/891/EEG van de Raad van 17 september 1982 op de grondslag van art. 54, lid 3, sub g), van het Verdrag betreffende splitsingen van naamloze vennootschappen (*PbEG* 1982, L 378/47).

implementatietermijn niet gehaald.²⁶ Inmiddels is de Derde Richtlijn in alle lidstaten van de Europese Unie geïmplementeerd. De Derde Richtlijn is na 1978 een aantal keren gewijzigd. Een aantal wijzigingen had betrekking op de toetreding van nieuwe lidstaten. De twee inhoudelijke wijzigingen die zijn doorgevoerd hadden geen essentiële aanpassingen tot gevolg.²⁷

2.4.2 Enige vennootschapsrechtelijke aspecten

De Derde Richtlijn coördineert de regelgeving inzake de juridische fusie van NV's binnen de grenzen van de lidstaten. Een aantal lidstaten – zoals Nederland – heeft het toepassingsbereik van de Derde Richtlijn uitgebreid tot andere vennootschappen. De fusie kenmerkt zich door de ontbinding van één of meer vennootschappen zonder vereffening. Daarnaast heeft de fusie tot gevolg dat (i) het vermogen van de verdwijnende vennootschap – ook ten aanzien van derden – onder algemene titel overgaat op de verkrijgende of nieuw opgerichte vennootschap, (ii) de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap aandeelhouders worden van de verkrijgende of nieuw opgerichte vennootschap en (iii) de verdwijnende vennootschap ophoudt te bestaan. De overgang onder algemene titel brengt mee dat de werknemers van de verdwijnende vennootschap van rechtswege in dienst treden bij de verkrijgende of nieuw opgerichte vennootschap. De Derde Richtlijn staat onder strikte voorwaarden de nietigheid van een fusie toe. De rechter kan de nietigheid uitspreken wegens het ontbreken van het preventieve toezicht op de rechtmatigheid dan wel wegens een nietig of vernietigbaar besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders.

De Derde Richtlijn kent twee fusiewijzen: de fusie door overneming en de fusie door oprichting. De meeste bepalingen die op de fusie door overneming betrekking hebben, zijn op de fusie door oprichting van overeenkomstige toepassing verklaard. In de regel is vereist dat de algemene vergadering van de betrokken vennootschappen het fusievoorstel van het bestuur goedkeurt. Het fusievoorstel dient te zijn voorzien van een verslag van het bestuur en een daarop betrekking hebbend rapport van een onafhankelijke deskundige en moet uiterlijk een maand voor de datum waarop de algemene vergadering over het fusievoorstel beslist, openbaar zijn gemaakt. Het verslag van het bestuur en het rapport van de onafhankelijke deskundige moeten aandacht besteden aan de ruilverhouding van de aandelen.

²⁶ Het Verenigd Koninkrijk is wegens overschrijding van de termijn door het Hof van Justitie veroordeeld wegens contractbreuk, zie HvJ EG 11 mei 1989, nr. C-46/88.

²⁷ Deze wijzigingen werden doorgevoerd bij Richtlijn 2006/99/EG van de Raad van 20 november 2006 tot aanpassing van een aantal richtlijnen op het gebied van het vennootschapsrecht in verband met de toetreding van Bulgarije en Roemenië (*PbEU* 2006, L 363/137) en Richtlijn 2007/63/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007 tot wijziging van Richtlijn 78/855/EEG van de Raad en Richtlijn 82/891/EEG van de Raad betreffende splitsingen van naamloze vennootschappen, wat betreft de verplichte opstelling van een verslag van een onafhankelijke deskundige bij fusies of splitsingen van naamloze vennootschappen (*PbEU* 2007, L 300/47).

Daarnaast beschermt de Derde Richtlijn in een bepaalde mate de schuldeisers en obligatiehouders. De Derde Richtlijn laat de lidstaten vrij in de wijze waarop zij de bescherming van schuldeisers en obligatiehouders regelen, mits aan deze groep een passende waarborg wordt geboden wanneer de financiële toestand van de bij de fusie betrokken vennootschappen dat nodig maakt. De bescherming van schuldeisers en obligatiehouders van de verkrijgende vennootschap kan verschillen met die van de verdwijnende vennootschap.

2.4.3 De rol van de werknemers krachtens de Derde Richtlijn

Al in haar eerste voorstel onderkende de Commissie dat een juridische fusie ook werknemers aangaat. Volgens de Commissie was het beslist noodzakelijk dat de werknemers van de fuserende vennootschappen werden ingelicht over de gevolgen die de fusie voor hen zou hebben en dat zij ter zake werden gehoord.²⁸ Het eerste voorstel uit 1970 kende op dit punt met art. 6 een afzonderlijk artikel dat luidde:

- ‘1. Het bestuursorgaan van de vennootschap van elk van de vennootschappen die de fusie aangaan stelt een uitvoerig rapport op dat de redenen van de fusie en de juridische, economische en sociale gevolgen voor de werknemers van de vennootschap evenals de met het oog daarop voor de werknemers te treffen maatregelen toelicht.*
- 2. Het rapport ligt tenminste één maand voor de algemene vergadering die tot de fusie moet besluiten ter inzage van de werknemers en hun vertegenwoordigers in elk van de vennootschappen die de fusie aangaan.*
- 3. In elke vennootschap bespreekt het bestuursorgaan voor het besluiten van de algemene vergadering over de fusie het rapport met de vertegenwoordiging van de werknemers van de vennootschap. De vertegenwoordiging van de werknemers kan haar standpunt schriftelijk indienen. Haar stellingname ligt voor het besluit over de fusie ter inzage van de algemene vergadering.’*

Tijdens de behandeling van het voorstel meende het Parlement dat art. 6 aanleiding gaf tot een diepgaander onderzoek en dat tot meer gerijpte gevolgtrekkingen moest worden gekomen.²⁹ Mede naar aanleiding hiervan werd aan lid 1 toegevoegd dat het rapport de juridische, economische en sociale gevolgen voor de werknemers tot twee jaar na de fusie diende toe te lichten en te motiveren en werd in lid 2 de periode van inzage naar twee maanden verruimd.³⁰ Tevens werden aan art. 6 drie nieuwe leden toegevoegd. Deze hielden in:

- ‘4. Indien de belangen van de werknemers door de fusie worden benadeeld dienen de bestuursorganen, voordat de algemene vergadering over de fusie besluit, met de vertegenwoordigers van de werknemers onderhandelingen aan te knopen ten einde overeenstemming*

28 COM (1970) 633 def.

29 Handelingen van het Europees Parlement (*PbEG* 1972 bijlage, nr. 155), p.189.

30 COM (1972) 1668 def.

te bereiken over de voor de werknemers te treffen maatregelen. Indien deze onderhandelingen niet tot overeenstemming tussen partijen leiden, kan elk van beide partijen de bemiddeling van de overheid inroepen.

5. *Volledig of gedeeltelijk afschrift van de in de leden 2 tot en met 4 bepaalde documenten kan door iedere werknemer en iedere werknemersvertegenwoordiger kosteloos worden verkregen.*
6. *De nationale wetgevingen welke ten aanzien van fusies voor werknemers verdergaande waarborgen voorschrijven, blijven onverlet.'*

Hoewel de werknemersbescherming materieel beschouwd werd uitgebreid, bleef de aanvullende waarde gering doordat op overtreding geen sanctie was gesteld. Het Economisch en Sociaal Comité had in zijn advies wel tot sancties opgeroepen. Een desbetreffend amendement werd tijdens de zitting van het Parlement zonder nadere motivering verworpen.³¹ De Economische commissie van het Parlement stelde voor aan lid 4 toe te voegen '*indien de bemiddeling niet tot overeenstemming leidt, mag het fusie-ontwerp niet tot uitvoer worden gebracht*'. Het feit dat de werknemers in bepaalde omstandigheden een vetorecht zouden krijgen, bleek voor de Juridische commissie van het Parlement echter onaanvaardbaar. Als tussenoplossing werd een arbitrageprocedure voorgesteld met de toevoeging dat het arbitrageorgaan binnen een termijn van één maand een bindende uitspraak zou doen over de maatregelen welke ten behoeve van de werknemers moesten worden getroffen.³² Dit voorstel werd door de Commissie overgenomen.³³ De Economische commissie van het Parlement stelde ook het vraagstuk van de vennootschappelijke medezeggenschap aan de orde en vroeg zich af of het wenselijk was hierover in de Derde Richtlijn een bepaling op te nemen. De commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid van het Parlement zag het belang niet in omdat de Derde Richtlijn alleen op nationale fusies zag, maar gaf aan dat dit eventueel anders lag bij een eventuele toekomstige regeling inzake grensoverschrijdend fuseren.³⁴

De Raad heeft op het laatste moment besloten de informatie en raadpleging van werknemers in het geheel uit de Derde Richtlijn te schrappen. De reden is vanwege het indertijd zeer gesloten karakter van de Raad onduidelijk. Bij de implementatie van de Derde Richtlijn in Nederland gaf de Minister van Justitie aan dat in een latere fase is besloten de informatieverstrekking aan en raadpleging van werknemers in een aparte richtlijn te regelen.³⁵ Dat stemt overeen met het feit dat de preambule van de Derde Richtlijn vermeldt dat de bescherming van de rechten van werknemers

31 Handelingen van het Europees Parlement (*PbEG* 1972 bijlage, nr. 155), p. 194.

32 Toelichting bij de door de Commissie van de Europese Gemeenschappen voorgestelde tekst, PE 30.870/def, p. 22. Zie eveneens de resolutie van het Europees Parlement over het gewijzigde voorstel van de Commissie van de Europese Gemeenschappen aan de Raad voor een Derde Richtlijn (*PbEG* 1975, C 95/12), p. 15.

33 COM (1975) 671 def, p. 9.

34 Toelichting bij de door de Commissie van de Europese Gemeenschappen voorgestelde tekst, PE 30.870/def, p. 26 en 31.

35 *Kamerstukken II* 1980/81, 16 453, nr. 3, p. 3.

wordt geregeld in Richtlijn 77/187/EEG inzake de overgang van ondernemingen.³⁶ Volgens Raaijmakers maakte de regeling in Richtlijn 77/187/EEG de bepaling in de Derde Richtlijn overbodig.³⁷ Dat acht ik niet juist. Hoewel tegenwoordig is aanvaard dat de juridische fusie valt onder het toepassingsbereik van de Richtlijn overgang van onderneming, bestond daar tot 2002 discussie over.³⁸ Belangrijker is dat de bepalingen uit Richtlijn 77/187/EEG een afgezwakte versie zijn van het in de Derde Richtlijn voorgestelde art. 6. Niet alleen de tweejaarstermijn met betrekking tot de juridische, economische en sociale gevolgen is komen te vervallen, maar ook de onderhandelingsplicht is beperkt tot de situatie dat de vennootschap maatregelen overweegt. De arbitrageverplichting geldt tot slot slechts voor de lidstaten die daartoe op grond van hun nationale wetgeving reeds verplicht zijn.

2.5 Richtlijn 2009/38/EG inzake de Europese ondernemingsraad

2.5.1 Historische ontwikkeling

Het besef te komen tot een grensoverschrijdend juridisch kader gericht op informatie en raadpleging kwam voort uit de transnationalisering van ondernemingen en concerns. Terwijl transnationale ondernemingen en concerns vanuit een centraal punt geleid als eenheid opereerden, moest men voor de beantwoording van de vraag of zij hun werknemers moesten voorlichten dan wel raadplegen te rade gaan bij de sterk uiteenlopende nationale wetgevingen. De informatie en raadpleging van werknemers verliep daardoor ‘fragmentarisch’.³⁹ Het begrip ‘Europese Ondernemingsraad’ werd voor de eerste keer genoemd in het kader van het Statuut inzake de Societas Europaea (SE). In het voorstel voor het Statuut uit 1970 werd de Europese ondernemingsraad gezien als één van juridische middelen om de vertegenwoordiging van werknemers in transnationale ondernemingen te regelen.⁴⁰ Het idee was dat een SE met vaste inrichtingen in meer dan één lidstaat verplicht zou zijn een Europese ondernemingsraad op te richten.

In 1980 kwam de Commissie met een ontwerprichtlijn voor de grensoverschrijdende informatie en raadpleging van werknemers. Het toepassingsbereik was niet langer gekoppeld aan de SE, maar aan ondernemingen met een ingewikkelde en in

36 Richtlijn 77/187/EEG van de Raad van 14 februari 1977 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan, (*PbEG* 1977, L 61/26), laatstelijk gewijzigd bij Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 (*PbEG* 2001, L 82/16)

37 Losbl. Rp. (Raaijmakers), art. 2:308 BW, aant. 2.

38 Beltzer (2007), p. 232-233.

39 Bulletin van de Europese Gemeenschappen, supplement 3/80, p. 5.

40 Het voorstel voor het Statuut inzake de Societas Europaea uit 1970 is gepubliceerd in het Bulletin van de Europese Gemeenschappen, supplement 8/70.

het bijzonder een transnationale structuur.⁴¹ Het ontwerp stond bekend als de Vredeling-richtlijn, genoemd naar de toenmalige Europees Commissaris Vredeling. De Vredeling-richtlijn trachtte de voorlichting en raadpleging van werknemers te verbeteren aan de hand van bestaande lokale vertegenwoordigingsstructuren (ondernemingsraad of vakbond). Er werd dus geen Europese personeelsvertegenwoordiging opgericht. Het toepassingsgebied strekte zich uit tot internationale maar ook tot puur nationale ondernemingen. Het voorstel riep binnen de lidstaten grote weerstand op, met name door de zogenoemde 'bypass'.⁴² Nationale werknemersvertegenwoordigers konden zich buiten het bestuur van de nationale onderneming om rechtstreeks wenden tot het bestuur van de topholding, zelfs indien deze in het buitenland was gelegen. Bovendien diende het bestuur van de topholding advies te vragen aan een nationaal medezeggenschapsorgaan bij voorgenomen economische besluiten van ingrijpende aard. Het ontwerp is later in die zin gewijzigd dat de informatie en raadpleging via het nationale bestuur diende te geschieden.⁴³ Ondanks deze wijziging heeft het voorstel de eindstreep niet gehaald.

Het onderwerp van de informatie en raadpleging van werknemers in transnationale ondernemingen en concerns bleef op de politieke agenda staan. In 1986 keurde de Raad een resolutie goed waarin de politieke en economische relevantie van het probleem werden onderkend en het belang van een sociale dimensie in het kader van de totstandkoming van de interne markt werd onderstreept. De Commissie werd verzocht haar werkzaamheden ter zake voort te zetten en de Raad eventueel een nieuw voorstel te doen toekomen.⁴⁴ In 1989 benadrukte ook het Economisch en Sociaal Comité de noodzaak van een regeling op dit terrein.⁴⁵ Ook in het Actieprogramma ter uitvoering van het Sociale Handvest werd opgeroepen tot een regeling.⁴⁶ Uiteindelijk diende de Commissie in 1990 een nieuw voorstel in.⁴⁷ Dit voorstel kenmerkte zich door de keuze voor een afzonderlijke Europese ondernemingsraad die zou fungeren als aanvulling op de nationale werknemersvertegenwoordiging. Het voorstel was gebaseerd op het toenmalige art. 100 EEG-Verdrag (thans art. 115 VWEU) zodat voor de aanvaarding unanimititeit binnen de Raad was vereist. Hoewel binnen de Raad een brede consensus bestond, haalde het

41 Voorstel voor een richtlijn inzake de voorlichting en de raadpleging van de werknemers in ondernemingen met ingewikkelde en in het bijzonder een transnationale structuur (*PbEG* 1980, C 297/3).

42 Slagter (1994), p. 202.

43 Gewijzigd voorstel voor een richtlijn inzake de voorlichting en de raadpleging van de werknemers in ondernemingen met een ingewikkelde en in het bijzonder een transnationale structuur (door de Commissie bij de Raad ingediend op 13 juli 1983), Bulletin van de Europese Gemeenschappen, supplement 2/83.

44 Conclusies van de Raad van 12 augustus 1986 betreffende de voorlichting en de raadpleging van de werknemers in ondernemingen met een ingewikkelde structuur (*PbEG* 1986, C 203/1).

45 Advies van het Economisch en Sociaal Comité van 18 oktober 1989 over sociale gevolgen van grensoverschrijdende concentraties (*PbEG* 1989, C 329/35).

46 COM (1989) 568 def, p. 31.

47 COM (1990) 581 def.

desbetreffende voorstel het niet. Met name het Verenigd Koninkrijk verzette zich hevig tegen een verplichte procedure voor informatieverstrekking aan en raadpleging van werknemersvertegenwoordigers in transnationale ondernemingen.

Na de inwerkingtreding van het Verdrag van Maastricht diende de Commissie in april 1994 – na moeizame onderhandelingen met de sociale partners – een nieuw voorstel in.⁴⁸ Dit voorstel ging voor het eerst uit van een onderhandelingsystematiek. Werkgevers en werknemers moesten via onderhandelingen komen tot een procedure inzake informatie en overleg. Het voorstel was gebaseerd op de als bijlage bij het Verdrag van Maastricht opgenomen Overeenkomst betreffende de sociale politiek. De bezwaren van het Verenigd Koninkrijk werden daarmee omzeild, aangezien het Verenigd Koninkrijk deze overeenkomst niet had ondertekend en de richtlijn zodoende niet op hem van toepassing werd. Voor de besluitvorming binnen de Raad was niet langer eenparigheid van stemmen, maar een gekwalificeerde meerderheid na raadpleging van het Parlement en het Economisch en Sociaal Comité vereist.⁴⁹ Mede hierdoor verliep de behandeling van het voorstel betrekkelijk soepel. Na raadpleging van het Parlement⁵⁰ en het Economisch Sociaal Comité⁵¹ stemde de Raad (minus het Verenigd Koninkrijk) op 22 september 1994 in met Richtlijn 94/45/EG inzake de instelling van een Europese ondernemingsraad of van een procedure in ondernemingen of concerns met een communautaire dimensie ter informatie en raadpleging van de werknemers (EOR-Richtlijn).⁵² Richtlijn 97/74/EG breidde het toepassingsbereik alsnog uit tot het Verenigd Koninkrijk en Ierland.⁵³

48 Voorstel voor een Richtlijn van de Raad inzake de instelling van een Europees comité of van een procedure ter informatie en raadpleging van de werknemers in ondernemingen of in concerns met een communautaire dimensie van 27 april 1994 (*PbEG* 1994, C 135/8). Zie ook COM (1994) 134 def.

49 Volgens Buijs (1997), p. 59 zijn vraagtekens te plaatsen bij zowel de vorm van een (minimum) richtlijn als de gekozen rechtsbasis.

50 Besluit betreffende het gemeenschappelijke standpunt van de Raad inzake het voorstel voor een richtlijn van de Raad inzake de instelling van een Europees comité of van een procedure ter informatie en raadpleging van de werknemers in ondernemingen of in concerns met een communautaire dimensie van 14 september 1994 (*PbEG* 1994, C 276/14).

51 Advies over het voorstel voor een richtlijn van de Raad inzake de instelling van een Europees comité of van een procedure ter informatie en raadpleging van de werknemers in ondernemingen of in concerns met een communautaire dimensie van 1 juni 1994 (*PbEG* 1994, C 295/64).

52 Richtlijn 94/45/EG van de Raad van 24 september 1994 inzake de instelling van een Europese ondernemingsraad of van een procedure in ondernemingen of concerns met een communautaire dimensie ter informatie en raadpleging van werknemers (*PbEG* 1994, L 254/64).

53 Richtlijn 97/74/EG van de Raad van 15 december 1997 betreffende de uitbreiding tot het Verenigd Koninkrijk van Richtlijn 94/45/EG inzake de instelling van een Europese ondernemingsraad of van een procedure in ondernemingen of concerns met een communautaire dimensie ter informatie en raadpleging van de werknemers (*PbEG* 1997, L 10/22).

2.5.2 Herziening van de oorspronkelijke richtlijn

Na een consultatie van de lidstaten en de sociale partners (ETUC, CEEP en UNICE/UEAPME) bracht de Commissie in 2000 over de EOR-Richtlijn een evaluatierapport uit.⁵⁴ De haast absolute vrijheid van werkgevers en werknemers om EOR-overeenkomsten te sluiten, werd beslissend geacht voor de grote hoeveelheid bestaande overeenkomsten. De vrijheid had aan de andere kant tot gevolg dat bepaalde EOR-overeenkomsten een zeer laag niveau van transnationale informatie en raadpleging kenden. Het evaluatierapport schetste verder het belang van scholing en de problematiek van het bestaan van twee Europese ondernemingsraden na een juridische fusie.

In april 2004 startte de Commissie op grond van art. 138 lid 2 EG-Verdrag een consultatieronde onder de sociale partners over de herziening van de EOR-Richtlijn. De sociale partners presenteerden op 7 april 2005 gezamenlijk het document '*Lessons learned on European Work Councils*'.⁵⁵ Hoewel de sociale partners de Europese ondernemingsraad als een nuttig instrument beschouwden, meenden zij dat een goede functionering gebaat was bij wederzijds vertrouwen. Lessen lagen onder meer in het overbruggen van verschillende culturen, het bepalen van werknemersvertegenwoordigers in de nieuwe lidstaten, het managen van de verschillende lagen van informatie en raadpleging en het organiseren van betekenisvolle informatie zonder onnodig uitstel. De sociale partners waren niet eensgezind over de te nemen maatregelen.⁵⁶ De werkgeversorganisaties pleitten voor niet-wetgevende Europese acties. De vakbonden hadden een volledige herziening van de toenmalige richtlijn voor ogen met als doel de Europese ondernemingsraad meer rechten toe te kennen.

De Commissie achtte communautair ingrijpen wenselijk en raadpleegde de sociale partners over de mogelijke inhoud van een wijzigingsvoorstel. Vanwege de uiteenlopende standpunten liepen de onderhandelingen over een Europees Akkoord in april 2008 stuk. Desondanks kwam de Commissie op 2 juli 2008 met een voorstel tot een herschikking van de EOR-Richtlijn.⁵⁷ In de visie van de Commissie lagen de problemen op vier terreinen: (i) de Europese ondernemingsraad werd vaak niet naar behoren geïnformeerd en geraadpleegd, (ii) het aantal ondernemingen met een Europese ondernemingsraad was in relatieve zin nog steeds aan de lage kant, (iii) er was sprake van rechtsonzekerheid met name wat betreft fusies en overnames en de samenloop van de Europese ondernemingsraad en lokale medezeggenschapsorganen en (iv) er was onvoldoende samenhang tussen de verschillende richtlijnen inzake informatie en raadpleging. Voor deze vier probleem-punten bevatte het voorstel verbeteringen. Het voorstel besteedde geen aandacht aan de in het evaluatierapport uit 2000esignaleerde knelpunten. Dit zal te maken

⁵⁴ COM (2000) 188 def.

⁵⁵ Het slotdocument is te vinden op www.bussinesseurope.nl/archives.

⁵⁶ COM (2005) 120 def.

⁵⁷ COM (2008) 419 def.

hebben gehad met de uiteenlopende standpunten van de sociale partners.⁵⁸ Het voorstel werd – met enkele aanpassingen – binnen een jaar door het Parlement en de Raad aangenomen.⁵⁹ Art. 17 Herschikkingsrichtlijn bepaalt dat verwijzingen naar de ingetrokken EOR-Richtlijn dienen te gelden als verwijzingen naar de EOR-Richtlijn. De Herschikkingsrichtlijn wordt in het navolgende ook wel geduid met de term EOR-Richtlijn.

De Herschikkingsrichtlijn moest uiterlijk op 5 juni 2011 in het nationale recht van de lidstaten zijn omgezet. Die deadline heeft een aantal lidstaten niet gehaald. Dit gold voor Nederland. Half november 2011 maande de Commissie Nederland binnen twee maanden tot implementatie over te gaan, bij gebreke waarvan Nederland voor het Hof van Justitie zou worden gedaagd.⁶⁰ Dat laatste is niet nodig gebleken. Op 15 november 2011 trad de Wet tot wijziging van de Wet op de Europese ondernemingsraden in werking.⁶¹

2.5.3 De rol van de werknemers krachtens Richtlijn 2009/38/EG

De EOR-Richtlijn heeft tot doel dat werknemers van ondernemingen en concerns met een communautaire dimensie naar behoren worden voorgelicht en geraadpleegd in situaties waarin beslissingen die voor hen van belang kunnen zijn, worden genomen in een andere lidstaat dan waar zij werkzaam zijn. Van een communautaire dimensie is sprake indien het concern of de onderneming ten minste duizend werknemers telt en ten minste twee ondernemingen respectievelijk vestigingen in verschillende lidstaten heeft met elk ten minste 150 werknemers. Er geldt een dubbele drempelvoorwaarde.⁶² Daarnaast is de werkingssfeer beperkt tot de Europese Unie. Wanneer het concern of de onderneming zijn hoofdzetel buiten de Europese Unie heeft, maar wel voldoet aan de drempelvoorwaarden (1.000 werknemers binnen de Europese Unie en 2 x 150 werknemers in ten minste twee

58 Vgl. Verburg (2009), p. 5.

59 Richtlijn 2009/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 mei 2009 inzake de instelling van een Europese ondernemingsraad of van een procedure in ondernemingen of concerns met een communautaire dimensie ter informatie en raadpleging van de werknemers (Herschikking) (*PbEU* 2009, L 122/28). Met Richtlijn 2009/38/EG is Richtlijn 94/45/EG ingetrokken. De bepalingen uit Richtlijn 94/45/EG zijn in Richtlijn 2009/38/EG herschikt en tevens is een aantal wijzigingen opgenomen.

60 Press Release European Commission 24 november 2011, IP/11/1421.

61 Wet van 7 november 2011 tot wijziging van de Wet op de Europese ondernemingsraden in verband met de uitvoering van Richtlijn 2009/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 6 mei 2009 (*PbEU* 2009, L 122/28) houdende herschikking van Richtlijn 94/45/EG, inzake de instelling van een Europese ondernemingsraad of van een procedure in ondernemingen of concerns met een communautaire dimensie ter informatie en raadpleging van de werknemers, *Stb.* 2011, 521.

62 Voor een uiteenzetting van de tellingssystematiek en de ratio om getalscriteria te hanteren, wordt verwezen naar Peters (2006), p. 186-197.

lidstaten) rusten de verplichtingen uit de EOR-Richtlijn op ‘*de vertegenwoordiger van het hoofdbestuur in een, in voorkomend geval, aan te wijzen lidstaat*’. Indien niet vrijwillig tot aanwijzing van een vertegenwoordiger wordt overgaan, legt de EOR-Richtlijn de verantwoordelijkheid bij het bestuur van de onderneming of vestiging in de lidstaat binnen wiens landsgrenzen de meeste werknemers werkzaam zijn.

De EOR-Richtlijn laat de nationale rechten inzake informatie en raadpleging onverlet. Een hiërarchische verhouding tussen de Europese ondernemingsraad en de lokale medezeggenschapsorganen ontbreekt. In het verleden leidde de afbakening van de bevoegdheden van de Europese ondernemingsraad en de tot medezeggenschap bevoegde nationale organen in de verschillende ondernemingen tot problemen.⁶³ De Herschikkingsrichtlijn tracht de onduidelijkheid op te lossen. De artt. 12 en 6 lid 2 (c) bepalen dat de EOR-overeenkomst moet vastleggen op welke wijze de raadpleging van de Europese ondernemingsraad is gekoppeld aan de raadpleging van de nationale werknemersvertegenwoordigers. Ontbreekt een dergelijke bepaling, dan moet het proces van informatieverstrekking en raadpleging in de Europese ondernemingsraad én in de nationale organen die de werknemers vertegenwoordigen worden uitgevoerd (zie hierover meer uitgebreid hoofdstuk 7.3.2).

De EOR-Richtlijn geldt voor zowel private als publieke ondernemingen. Het begrip ‘onderneming’ is niet gedefinieerd. Voor een groep bestaande uit een onderneming die zeggenschap uitoefent over andere ondernemingen hanteert de EOR-Richtlijn de term ‘concern’.⁶⁴ Gedacht is aan de in het Nederlandse spraakgebruik gangbare termen van moeder- en dochtermaatschappijen. Dit betekent dat het ondernemingsbegrip binnen een concern betrekking heeft op afzonderlijke juridische entiteiten in de zin van publieke- en privaatrechtelijke rechtspersonen. Deze uitleg geldt in mijn visie ook bij een enkelvoudige onderneming.⁶⁵ Dat leid ik af uit het onderscheid dat de EOR-Richtlijn op verschillende plaatsen maakt tussen een onderneming en een vestiging, waarbij met vestiging lijkt te zijn bedoeld op arbeidsorganisatorische eenheden van een onderneming.⁶⁶ Nu een onderneming één of meer vestigingen kan hebben, is aannemelijk dat het begrip onderneming een publiek- of privaatrechtelijke rechtspersoon betreft.

63 COM (2008) 419/def, p. 4. Ter illustratie wordt verwezen naar de casus die leidde tot de uitspraak van het Tribunal de Grande Instance de Paris d.d. 27 april 2007 (*Alcatel-Lucent*). De uitspraak is beschreven in Verburg (2007b), p. 96-99.

64 Het is irrelevant waarop de zeggenschap berust. Dan kan zijn via de eigendom, de financiële deelneming of - wat raadselachtig - de van toepassing zijnde voorschriften (art. 3 lid 1 EOR-Richtlijn).

65 Anders Losbl. Rp. (Dorresteyn & Van het Kaar), art. 1 WEOR, aant. 2 die van een breder ondernemingsbegrip uitgaan door hieronder een eenheid te verstaan die economische activiteiten verricht ongeacht of van een winsttoogmerk sprake is.

66 Het begrip ‘vestiging’ wordt onder meer gehanteerd in overweging 24 preambule en art. 4 lid 2 (tweede alinea) EOR-Richtlijn. Vgl. Koning (1995), p. 90.

De EOR-Richtlijn kent met betrekking tot een aantal andere begrippen wel een definitie. Zo is bepaald dat het begrip ‘werknemersvertegenwoordigers’ aan de hand van het nationale recht wordt ingevuld. Bij de vaststelling van het aantal werknemers wordt uitgegaan van het volgens de nationale wetgevingen en/of gebruiken berekende gemiddelde aantal (met inbegrip van deeltijdwerknemers) gedurende de voorafgaande twee jaar (art. 2 lid 2 EOR-Richtlijn). Bij de keuze voor een nationaal werknemersbegrip zijn vraagtekens te plaatsen. Een nationale invulling past niet goed bij de systematiek van de EOR-Richtlijn die verschillende transnationale bepalingen kent. Voor de toepassing van deze bepalingen zijn werknemers uit verschillende lidstaten relevant. Het kan nu voorkomen dat voor de samenstelling van de BOG een arbeidskracht uit lidstaat A geen werknemer is, terwijl eenzelfde arbeidskracht uit lidstaat B wel aan de kwalificatie voldoet.

Ook het begrip ‘grensoverschrijdende aangelegenheden’ is gedefinieerd. Art. 1 lid 4 EOR-Richtlijn verstaat hieronder een kwestie die *‘van belang is voor de hele onderneming met een communautaire dimensie of het hele concern met een communautaire dimensie of voor ten minste twee ondernemingen of vestigingen van een onderneming of een concern in twee verschillende lidstaten.’* De definitie was oorspronkelijk opgenomen in de referentievoorschriften, maar is met de Herschikkingsrichtlijn in art. 1 lid 4 geplaatst. Hiermee is zeker gesteld dat niet alleen de bevoegdheid van de bij referentievoorschriften opgerichte Europese ondernemingsraad, maar ook de bevoegdheid van de bij overeenkomst opgerichte Europese ondernemingsraad beperkt blijft tot grensoverschrijdende aangelegenheden. Het besluit hoeft niet tot twee lidstaten te zijn gericht om grensoverschrijdend te zijn. Bepalend is of het besluit voor de gehele onderneming dan wel het gehele concern of ten minste twee lidstaten van betekenis is.

Discussie bestaat over de vraag of aan het grensoverschrijdende criterium is voldaan bij een besluit dat wordt genomen in lidstaat één en enkel van invloed is op werknemers in lidstaat twee.⁶⁷ Uit overweging 16 van de preambule blijkt dat de Europese wetgever bij grensoverschrijdende aangelegenheden heeft gedacht aan kwesties die *‘ongeacht het aantal betrokken lidstaten, voor het Europese personeelsbestand van betekenis zijn door de omvang van de gevolgen die zij kunnen hebben, of die overbrenging van werkzaamheden tussen lidstaten met zich brengen’*. Deze zinsnede benadrukt dat de kwestie in ten minste twee lidstaten potentiële gevolgen moet hebben. Daaraan is niet voldaan indien louter de besluitvorming in een andere lidstaat plaatsvindt. Dat het desbetreffende bestuurs- en vertegenwoordigingsniveau een element bij de beoordeling betreft, maakt dit niet anders. Deze verwijzing in overweging 16 van de preambule maakt slechts duidelijk dat het niveau waarop een besluit wordt genomen een indicatie biedt over de reikwijdte (en dus de mogelijke gevolgen) daarvan. Een besluit dat op het hoogste managementniveau wordt genomen, zal sneller gevolgen voor werknemers uit meerdere lidstaten sorteren dan een besluit van een regionaal bestuur. In mijn visie komt dus geen

⁶⁷ Voor een uiteenzetting van de verschillende standpunten wordt verwezen naar Verburg (2009), p. 9-10.

relevantie toe aan de lidstaat waarin de besluitvorming plaats heeft. Zou het anders zijn, dan kan het bestuur het grensoverschrijdende karakter van een besluit manipuleren door in een bepaalde lidstaat tot besluitvorming over te gaan. Een dergelijke uitkomst valt niet te rechtvaardigen.

De EOR-Richtlijn is gebaseerd op het contractmodel. Het raamwerk biedt ruimte voor een contractuele oplossing als een alternatief voor eenzijdig overheids-optreden. Hoewel het de werknemers en het hoofdbestuur vrij staat bij overeenkomst te bepalen hoe de procedure over informatie en raadpleging vorm krijgt, moet het resultaat voldoen aan het principe van nuttige werking. Dit principe komt tot uiting in de definities van ‘informatieverstrekking’ en ‘raadpleging’. De informatieverstrekking moet plaatsvinden op een passend tijdstip, op passende wijze en met passende inhoud aan de werknemersvertegenwoordigers worden verstrekt. Daarnaast moet de raadpleging de werknemersvertegenwoordigers in staat stellen een advies uit te brengen dat nuttig kan zijn bij de besluitvorming en is het (hoofd) bestuur bij toepassing van de referentievoorschriften gehouden hierop gemotiveerd te reageren.

De EOR-Richtlijn bevat geen rechtstreekse verplichting tot het instellen van een Europese ondernemingsraad.⁶⁸ Het overleg start op initiatief van het (fictieve) hoofdbestuur of op initiatief van ten minste honderd werknemers of hun vertegenwoordigers afkomstig uit ondernemingen of vestigingen in ten minste twee lidstaten. Na de totstandkoming van de oorspronkelijke EOR-Richtlijn bleek dat het voor werknemers lastig was in de complexe internationale structuren na te gaan welke ondernemingen tot het concern behoorden en – in het verlengde daarvan – welke werknemers voor de drempelvoorwaarden van de richtlijn bepalend waren. De oorspronkelijke EOR-Richtlijn bepaalde weliswaar in art. 11 dat de lidstaten moesten zorgen dat gegevens over de structuur en werknemersaantallen door de ondernemingen beschikbaar werden gesteld, maar maakte niet duidelijk wie deze gegevens moest verstrekken. Het Hof van Justitie heeft zich hierover uitgelaten in de arresten ADS/Anker en Kühne/Nagel.⁶⁹ Deze rechtspraak is thans gecodificeerd in art. 4 lid 4. Elk bestuur van een onderneming die deel uitmaakt van het concern met een communautaire dimensie alsook het (fictieve) hoofdbestuur van het concern met een communautaire dimensie is verantwoordelijk voor het verkrijgen en verzenden van informatie aan de betrokken partijen. De werknemers(vertegenwoordigers) kunnen zich aldus wenden tot het (fictieve) hoofdbestuur, maar ook tot hun eigen werkgever.

68 In plaats van een Europese ondernemingsraad kan op grond van art. 6 lid 3 worden besloten tot één of meer procedures voor informatieverstrekking en raadpleging. Gemakshalve wordt in het vervolg gesproken over de oprichting van een Europese ondernemingsraad.

69 HvJ EG 15 juli 2004, nr. C-349/01, *JAR* 2004/191, *JOR* 2004/267 m.nt. Vossestein, *ROR* 2004, 31 (*ADS/Anker*) en HvJ EG 13 januari 2004, nr. C-440/00, *JAR* 2004/53, *JOR* 2004/34 m.nt. Vossestein, *ROR* 2004, 20 (*Kühne/Nagel*).

Het overleg over een mogelijke EOR-overeenkomst wordt gevoerd tussen het verantwoordelijke hoofdbestuur en de bijzondere onderhandelingsgroep (BOG) die op representatieve wijze is samengesteld uit werknemersvertegenwoordigers afkomstig uit de lidstaten waar de werknemers van het communautaire concern dan wel de communautaire onderneming werkzaam zijn.⁷⁰ Tijdens de onderhandelingen staat de autonomie van partijen voorop. De EOR-Richtlijn bepaalt weliswaar het kader waarover men moet onderhandelen, maar het is aan de partijen om de aard, de samenstelling, de taken, de bevoegdheden, de procedure en de werkwijze te bepalen. De onderhandelingen kunnen tot de volgende drie resultaten leiden:

- i) Partijen bereiken overeenstemming over de oprichting en de bevoegdheden van de Europese ondernemingsraad.
- ii) Partijen komen overeen dat er geen Europese ondernemingsraad komt. Zo'n afspraak heeft slechts werking indien het besluit binnen de BOG met een gekwalificeerde tweederde meerderheid is genomen.
- iii) De referentievoorschriften uit de bijlage treden in werking. Dit is het geval indien partijen binnen drie jaar nadat een verzoek tot het instellen van de Europese ondernemingsraad is gedaan niet tot overeenstemming raken, indien partijen hiertoe besluiten of indien het hoofdbestuur weigert binnen zes maanden na het verzoek van de werknemers tot onderhandelingen over te gaan.

Optie (iii) verwijst naar de referentievoorschriften uit de bijlage. De referentievoorschriften verplichten tot de oprichting van een Europese ondernemingsraad en kennen aan dit orgaan bepaalde bevoegdheden toe. De bij referentievoorschriften opgerichte Europese ondernemingsraad heeft recht op informatie en/of raadpleging over grensoverschrijdende vraagstukken die betrekking hebben op de structuur van het concern, de financieel-economische positie, de ontwikkelingen van de activiteiten, productie, afzet, werkgelegenheidsvraagstukken, investeringsprojecten, wezenlijke veranderingen in de organisatie, invoering van nieuwe arbeidsmethoden of fabrieksprocédés, overplaatsing van productie, inkrimping of sluiting van ondernemingen, vestigingen of belangrijke onderdelen daarvan en collectief ontslag. De raadpleging omvat eveneens het recht een advies uit te brengen waarop het hoofdbestuur gemotiveerd moet reageren. Bovendien heeft de Europese ondernemingsraad het recht ten minste eenmaal per jaar te vergaderen teneinde te worden ingelicht en geraadpleegd op basis van een verslag over de ontwikkelingen van de activiteiten. Bij bijzondere omstandigheden of beslissingen die aanzienlijke gevolgen hebben voor de belangen van de werknemers, dient de Europese ondernemingsraad separaat te worden geïnformeerd.

⁷⁰ De werknemers in een lidstaat krijgen een zetel toegekend voor elke tien procent of een deel daarvan, dat zij deel uitmaken van het totale aantal werknemers dat in alle lidstaten tezamen werkzaam is in de onderneming met een communautaire dimensie of het concern met een communautaire dimensie (art. 5 lid 2 (b) EOR-Richtlijn).

Het hoofdbestuur en de Europese ondernemingsraad kunnen van inzicht verschillen over de informatie die moet worden verstrekt of over de vraag in hoeverre de informatievoorziening en raadpleging tijdig en passend is geschied. De EOR-Richtlijn draagt de lidstaten in art. 11 lid 3 op passende maatregelen te treffen voor het geval de richtlijn niet wordt nageleefd en erop toe te zien dat er administratieve of gerechtelijke procedure bestaan om de verplichtingen te doen naleven. De Nederlandse wetgever heeft de OK als bevoegde rechter aangewezen (art. 5 WEOR). De OK is bevoegd indien het hoofdbestuur in Nederland is gevestigd. Aan deze rechtsgang komt geen betekenis toe indien de Europese ondernemingsraad is opgericht bij overeenkomst. Het gaat dan niet om naleving van de (implementatie van de) EOR-Richtlijn, maar om naleving van de overeenkomst die is onderworpen aan het reguliere nationale overeenkomstenrecht. De bevoegde rechter wordt dan bepaald aan de hand van de EEX-Verordening.⁷¹

2.6 Richtlijn 2002/14/EG inzake informatie en raadpleging

2.6.1 Historische ontwikkeling

In 1995 werden de sociale partners door de Commissie aangespoord na te gaan hoe een algemeen nationaal kader voor de informatie en raadpleging van werknemers vorm zou kunnen krijgen.⁷² Communautair ingrijpen was noodzakelijk vanwege de tekortkomingen van de reeds bestaande nationale en communautaire regels op dit terrein.⁷³ Na afloop van de tweede raadplegingsfase gaven de sociale partners aan niet zelf tot een overeenkomst te willen komen. Werkgeversorganisatie UNICE⁷⁴ weigerde zelfs de onderhandelingen aan te gaan, omdat zij meende dat de Europese Unie op dit terrein geen bevoegdheden had. De situatie bracht de Commissie er in 1998 toe zelf een voorstel voor een richtlijn in te dienen.⁷⁵ Het voorstel moest het

71 Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (*PbEU* 2001, L 12/1).

72 COM (1995) 547 def.

73 Met de communautaire wetgeving werd bedoeld op Richtlijn 75/129/EG van de Raad van 17 februari 1975 betreffende de aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten inzake collectief ontslag, laatstelijk gewijzigd bij Richtlijn 98/95/EG van de Raad van 20 juli 1998 (*PbEG* 1998, L 25/1); Richtlijn 77/187/EEG van de Raad van 14 februari 1977 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de recht van werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan, laatstelijk gewijzigd bij Richtlijn 98/50/EG van de Raad van 29 juni 1998 (*PbEG* 1998, L 201/88); Richtlijn 94/45/EG van de Raad van 22 september 1994 inzake de instelling van een Europese ondernemingsraad of van een procedure in ondernemingen of concerns met een communautaire dimensie ter informatie en raadpleging van de werknemers, laatstelijk gewijzigd bij Richtlijn 2009/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 mei 2009 (*PbEU* 2009, L 122/28).

74 De Unie van Industrie- en Werkgeversfederaties in Europa, thans genaamd BusinessEurope.

75 COM (1998) 612 def.

bestaande communautaire en nationale kader aanvullen en zo een bijdrage leveren aan het uiteindelijke doel van een informatie en raadplegingsrecht dat zag op (i) het voorbereiden van veranderingen, (ii) het verzekeren dat herstructureringen plaatsvinden in een vanuit sociaal oogpunt aanvaardbaar kader en (iii) het verlenen van prioriteit aan de werkgelegenheid.⁷⁶

Het voorstel legde op ondernemingen met meer dan 50 werknemers de plicht tot het instellen van een informatie- en raadplegingsprocedure met betrekking tot maatregelen inzake economische of strategische kwesties, de ontwikkeling van de werkgelegenheid in de onderneming en de organisatie van het werk of de arbeidsovereenkomsten. Het belangrijkste knelpunt tijdens de totstandkoming betrof de sancties op de niet-nakoming van de informatie- en raadplegingsverplichtingen. Art. 7 lid 3 bepaalde dat besluiten waarbij de uit de richtlijn voortvloeiende verplichtingen in ernstige mate waren geschonden geen juridische gevolgen zouden hebben voor de arbeidsovereenkomsten en arbeidsverhoudingen van de betrokken werknemers. Het Parlement liet in eerste lezing weten deze sanctie zeer gewenst te vinden.⁷⁷ Binnen de Raad bestond tegen de bepaling bezwaar. De Commissie handhaafde de bepaling, tegen de wens van de Raad in. In zijn gemeenschappelijk standpunt uit juli 2001 gaf de Raad wederom aan met de bepaling niet akkoord te kunnen gaan.⁷⁸ Doordat de Raad met een aantal andere amendementen van het Parlement evenmin instemde, werd de bemiddelingsprocedure gestart. Het bemiddelingscomité heeft de betreffende bepaling uiteindelijk alsnog geschrapt.⁷⁹

In januari 2002 keurde het Parlement in derde lezing de gemeenschappelijke ontwerptekst van het bemiddelingscomité goed. Nadat ook de Raad de ontwerptekst had goedgekeurd, trad Richtlijn 2002/14/EG inzake een algemeen kader betreffende de informatie en raadpleging van werknemers (Richtlijn 2002/14/EG) op 23 maart 2002 in werking.⁸⁰

2.6.2 De rol van de werknemers krachtens Richtlijn 2002/14/EG

Richtlijn 2002/14/EG kent een algemeen kader van minimumvoorschriften met betrekking tot het recht op informatieverstrekking aan en raadpleging van werknemers werkzaam bij ondernemingen of vestigingen die zijn gelegen in de Europese

⁷⁶ COM (1998) 612 def, p. 4.

⁷⁷ Report on the proposal for a Council Directive establishing a general framework for informing and consulting employees in the European Community, 31 March 1999, A4-0186/99, p. 21.

⁷⁸ Gemeenschappelijk standpunt (EG) nr. 33/2001 vastgesteld door de Raad op 23 juli 2001 (*PbEG* 2001, C 307/16), p. 25. De Raad noemde als belangrijkste argument dat de sanctie tot rechts-onzekerheid aanleiding gaf.

⁷⁹ Joint text approved by the Conciliation Committee provided for in Article 251 (4) of the EC Treaty, 23 January 2002, PE-CONS 3677/01.

⁸⁰ Richtlijn 2002/14/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 2002 tot vaststelling van een algemeen kader betreffende de informatie en de raadpleging van de werknemers in de Europese Gemeenschap (*PbEG* 2002, L 80/29).

Unie. Het gaat om een nadere concretisering van het grondrecht op informatie en raadpleging. Overweging 2 van de preambule verwijst expliciet naar art. 17 van het Gemeenschapshandvest van sociale grondrechten van de werkenden (thans art. 27 EU-Handvest).

De richtlijn is van toepassing op ondernemingen die in een lidstaat ten minste vijftig werknemers of op vestigingen die in een lidstaat ten minste twintig werknemers in dienst hebben. Lidstaten hebben de keuze. De tewerkstellingsdrempels moeten voorkomen dat administratieve, financiële of juridische beperkingen de oprichting en de ontwikkeling van kleine en middelgrote ondernemingen belemmeren.⁸¹ De begrippen ‘onderneming’ en ‘vestiging’ zijn gedefinieerd in art. 2. Een onderneming is volgens sub a *‘een openbare of particuliere onderneming die, al dan niet met een winstoogmerk, een economische activiteit uitoefent en gevestigd is op het grondgebied van een lidstaat’*. Een vestiging wordt in sub b omschreven als *‘een bedrijfseenheid in de zin van de nationale wetgeving en praktijk die gevestigd is op het grondgebied van een lidstaat, en waar op duurzame basis een economische activiteit wordt uitgeoefend met menselijke en materiële hulpbronnen’*. De definiëring van beide begrippen blinkt niet uit in helderheid. In de definitie van het begrip ‘onderneming’ wordt de term onderneming opnieuw gebruikt en bij ‘vestiging’ wordt verwezen naar de nationale regelgeving. Dit laatste zou kunnen betekenen dat de inhoud van het vestigingsbegrip per nationaal rechtstelsel kan verschillen. Dat lijkt niet werkelijk beoogd, nu de definitie de voorwaarden noemt waaraan moet zijn voldaan.

Waar is het onderscheid tussen beide begrippen in gelegen? Het hebben van een keuze impliceert dat aan beide begrippen een eigen betekenis toekomt. In het oorspronkelijke voorstel van de Commissie uit 1998 werd slechts gesproken over het niveau van de onderneming. De daarbij behorende toelichting verwees naar het ruime ondernemingsbegrip uit de Richtlijn overgang van onderneming.⁸² In een later voorstel is het begrip ‘vestiging’ aan de tekst toegevoegd en is voorzien in bovengenoemde keuzemogelijkheid. Een motivering voor deze toevoeging ontbreekt. Het begrip ‘vestiging’ werd overigens eerst gedefinieerd als *‘een bedrijfszetel die een onderdeel zonder rechtspersoonlijkheid vormt en waar op duurzame basis een economische activiteit wordt uitgeoefend met menselijke en materiële hulpbronnen’*. Deze definitie is later gewijzigd in de huidige definitie waarbij opvalt dat ‘de afwezigheid van rechtspersoonlijkheid’ en ‘het zijn van een onderdeel van een onderneming’ als voorwaarden zijn geschrapt.

Een mogelijke verklaring voor de toevoeging van het vestigingsbegrip biedt de betekenis die het Duitse recht aan beide begrippen hecht. De Duitse versie van Richtlijn 2002/14/EG gaat uit van de begrippen ‘*Unternehmung*’ en ‘*Betrieb*’. Het Duitse Betriebsverfassungsgesetz – dat betrekking heeft op de informatie en raadpleging in Duitsland – hanteert tussen beide begrippen een strikt onderscheid. De

⁸¹ Overweging 19 preambule Richtlijn 2002/14/EG.

⁸² COM (1998) 612 def, p. 7.

Unternehmung duidt op het hebben van rechtspersoonlijkheid en de *Betrieb* op een arbeidsorganisatorische eenheid.⁸³ De werknemersinspraak vindt in Duitsland op *Betriebsniveau* plaats. Het is aannemelijk dat Duitsland op basis van het eerste voorstel uit 1998 vreesde dat niet aan de voorwaarden van Richtlijn 2002/14/EG zou zijn voldaan indien de werknemersinspraak op vestigingsniveau plaatsvond. Ik sluit niet uit dat Duitsland om deze reden op een uitbreiding van het toepassingsbereik naar vestigingen heeft aangedrongen. Ook de Nationale Arbeidsraad – in België belast met de implementatie van Richtlijn 2002/14/EG – huldigt het standpunt dat het begrip vestiging in de zin van de Duitse betekenis van *Betrieb* moet worden geïnterpreteerd en geeft expliciet aan dat het begrip op verzoek van Duitsland aan de richtlijn is toegevoegd.⁸⁴ Een nadere indicatie biedt het feit dat in de vorige paragraaf bleek dat ook de EOR-Richtlijn met het begrip ‘onderneming’ op een private of publieke rechtspersoon doelt. In mijn visie vereist het ondernemingsbegrip in Richtlijn 2002/14/EG dan ook rechtspersoonlijkheid, terwijl deze voorwaarde niet geldt voor het vestigingsbegrip.

Richtlijn 2002/14/EG definieert de begrippen ‘informatie’ en ‘raadpleging’. Informatie betreft ‘*het verstrekken van gegevens door de werkgever aan de werknemersvertegenwoordigers, opdat zij kennis kunnen nemen van het onderwerp en het kunnen bestuderen*’. Indirect verplicht de definitie de werkgever de informatie zo te presenteren dat het kennisverwerving mogelijk maakt.⁸⁵ Raadpleging is volgens art. 2 (g) ‘*de gedachtewisseling en de totstandbrenging van een dialoog tussen de werknemersvertegenwoordigers en de werkgever*’. In tegenstelling tot de EOR-Richtlijn geeft de raadpleging aan de nationale werknemersvertegenwoordigers niet het recht een advies uit te brengen. Art. 4 lid 4 (e) vermeldt wel dat de raadpleging geschiedt met het doel een akkoord te bereiken over beslissingen die ingrijpende veranderingen voor de arbeidsorganisatie of de arbeidsovereenkomst kunnen meebrengen. Deze zinsnede verwijst niet naar besluiten inzake de situatie, de structuur en de waarschijnlijke ontwikkeling van de werkgelegenheid binnen de onderneming of vestiging, alsmede de geplande anticiperende maatregelen in geval van bedreiging van de werkgelegenheid, terwijl ook over deze onderwerpen raadpleging is vereist op grond van art. 4 lid 2 (b). Dit doet vermoeden dat er twee soorten van raadpleging bestaan: raadpleging met het oog op het bereiken van een akkoord en raadpleging waarbij dit niet is vereist. Het bereiken van een akkoord is uiteraard een doel. Van een resultaatsverbintenis is geen sprake. Dat neemt niet weg

⁸³ Gaul (2012), p. 742 (§ 1 BetrVG, Rn. 5).

⁸⁴ Advies van de Nationale Arbeidsraad inzake de omzetting van Richtlijn 2002/14/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 2002 tot vaststelling van een algemeen kader betreffende de informatie en raadpleging van de werknemers in de Europese Gemeenschap, nr. 1.508, p. 7.

⁸⁵ In gelijke zin Dorssemont (2007), p. 176.

dat de inspanningsverplichting een onderhandelingsplicht voor de werkgever met zich brengt.⁸⁶

Over de recente en de waarschijnlijke ontwikkeling van de activiteiten en de economische situatie van de onderneming of vestiging hoeft de werkgever aan de werknemersvertegenwoordigers slechts informatie te verstrekken; raadpleging is niet vereist (art. 4 lid 2 (a)). Tijdens de totstandkoming van de richtlijn had het Parlement in eerste lezing een amendement ingediend dat ertoe strekte ook deze aangelegenheden onder de raadplegingsverplichting te brengen. De Commissie stemde niet in. Zij was zich bewust van de rol van bemiddelaar die zij vervulde tussen de twee takken van de communautaire wetgevende macht: het Parlement en de Raad.⁸⁷ De Commissie verwachtte kennelijk dat de Raad met een dergelijke uitbreiding niet akkoord zou gaan.

2.7 Regelgeving inzake de Societas Europaea (SE)

2.7.1 Historische ontwikkeling

Reeds in 1959 kwam de Nederlandse professor Sanders met het idee van een Societas Europaea (SE), een Europese NV.⁸⁸ Een eerste voorstel van de Commissie dateert uit de begin jaren zeventig.⁸⁹ Nadat de Commissie in 1975 een voorstel tot regulering van een SE naar het Parlement en de Raad had gezonden,⁹⁰ bleef het stil. Uit een memorandum van de Commissie blijkt dat de medezeggenschap van werknemers één van de voornaamste knelpunten was.⁹¹ In 1989 blies de Commissie het voorstel nieuw leven in. Dit gebeurde naar aanleiding van een verzoek van de Raad uit juni 1987 waarin de bevoegde instellingen werd verzocht *‘snelle vorderingen te maken met betrekking tot de aanpassingen van het vennootschapsrecht waardoor de oprichtingen van een vennootschap naar Europees recht mogelijk wordt’*.⁹² Het zou nog ruim twaalf jaar duren voordat de Commissie erin zou slagen de lidstaten tot consensus te brengen.

⁸⁶ HvJ EG 27 januari 2005, nr. C-188/03, *NJ* 2005/389, *JAR* 2005/52 (*Junk/Kühnel*), punt 43. Het arrest heeft betrekking op de Richtlijn 98/59/EG inzake collectief ontslag en de in art. 2 neergelegde doelstelling dat de werkgever met de werknemersvertegenwoordigers een akkoord dient te bereiken om collectief ontslag te voorkomen of om de omvang ervan te verminderen alsook op de mogelijkheid de gevolgen ervan te verzachten door het nemen van sociale begeleidingsmaatregelen. Op basis van deze doelstelling oordeelde het Hof van Justitie tot een onderhandelingsverplichting. Het ligt voor de hand dat het Hof eenzelfde redenering hanteert ten aanzien van de soortgelijke doelstelling in Richtlijn 2002/14/EG.

⁸⁷ COM (2001) 269 def, p. 4.

⁸⁸ Sanders (1959).

⁸⁹ Gepubliceerd in het Bulletin van de Europese Gemeenschappen, supplement 8/70.

⁹⁰ Gepubliceerd in het Bulletin van de Europese Gemeenschappen, supplement 4/75.

⁹¹ COM (1988) 320, p. 2.

⁹² Bulletin van de Europese Gemeenschappen 6-1987, 1.1.14 (§ 1).

De Commissie presenteerde de SE in 1989 als een optionele rechtsvorm. De SE bood vennootschappen de mogelijkheid zich te bevrijden van de beperkingen die bestonden vanwege de twaalf afzonderlijke rechtsordes.⁹³ De vennootschappelijke aspecten waren in een verordening neergelegd en voor de rol van werknemers was een aparte aanvullende richtlijn opgesteld.⁹⁴ In eerste instantie waren de twee regelingen op een andere rechtsgrondslag gebaseerd. De verordening op art. 100A EEG-Verdrag en de richtlijn op art. 54 lid 3 (g) EEG-Verdrag. Het Economisch en Sociaal Comité betwijfelde of het raadzaam was het onderwerp op te splitsen in twee regelingen met een uiteenlopende rechtskracht en een andere besluitvormingsprocedure. Volgens het Economisch en Sociaal Comité druiste dit in tegen de gedachte dat het onderwerp één geheel betrof.⁹⁵ Hoewel de Commissie vasthield aan twee aparte regelingen, werd de rechtsgrondslag in beide gevallen gewijzigd naar art. 235 EEG-Verdrag. Hierdoor kon dezelfde besluitvormingsprocedure worden doorlopen. Nadeel was het vereiste van eenparigheid van stemmen binnen de Raad.

De vereiste consensus binnen de Raad bleek niet eenvoudig te vinden. De Commissie had aanvankelijk tot doel een supranationale vennootschapsvorm te creëren die niet door het recht van één van de lidstaten, maar door het recht van de verordening werd beheerst. De Commissie is uiteindelijk maar ten dele in deze opzet geslaagd. De lidstaten bereikten geen overeenstemming over een uniforme set van vennootschappelijke regels. Met betrekking tot de vennootschappelijke medezeggenschap valt een zelfde ontwikkeling te constateren. Het oorspronkelijke idee om één uniform medezeggenschapsmodel in te voeren, bleek praktisch onuitvoerbaar en werd in het gewijzigde voorstel van 1989 losgelaten. De Commissie presenteerde als alternatief vier modellen waartussen de vennootschappen bij de oprichting van de SE konden kiezen. De lidstaten konden de keuzemogelijkheid beperken.⁹⁶ Deze systematiek bleek evenmin haalbaar. Een groep experts onder leiding van de heer Davignon kreeg de schone taak voor het medezeggenschapsdossier een oplossing te vinden. In 1997 presenteerde de groep haar rapport.⁹⁷ De oplossing was geïnspireerd op de onderhandelingsystematiek van de EOR-Richtlijn. Verder stelde de groep voor een vijfde deel van de leden van het bestuur of de raad van commissarissen van de SE door de werknemers te laten benoemen. Dit voorstel is niet in de SE-Richtlijn terug te vinden en lijkt een stille dood gestorven.

Discussie bestond ook over de zetel van de SE. De verordening ging uit van de werkelijke zetelleer waardoor zowel de statutaire als de werkelijke zetel van de SE in dezelfde lidstaat moest liggen. Een deel van de lidstaten – waaronder Nederland – wees deze keuze af met het argument dat ondernemingen niet langer beantwoordden

93 COM (1989) 268, p. 2.

94 Bulletin van de Europese Gemeenschappen, supplement 5/89, p. 11.

95 Zittingsdocument van de zitting van het Economisch en Sociaal Comité op 28 en 29 maart 1990, CES 0397/1990.

96 COM (1989) 262 def.

97 Group of experts, 'European Systems of Worker Involvement', Final Report: may 1997.

aan het klassieke beeld waarin het bestuur feitelijk op één plaats kantoor hield.⁹⁸ De Commissie toonde zich weinig ontvankelijk voor de Nederlandse argumenten. Nadat de sanctie op het niet samenvallen van de statutaire en de werkelijke zetel was afgezwakt, heeft Nederland zijn voorbehoud laten vallen.⁹⁹

Na nog eens drie jaar onderhandelen, ging de Raad in december 2000 akkoord met de verordening. Nadat ook ter zake de richtlijn een politiek akkoord was bereikt, zijn op 8 oktober 2001 de Verordening 2157/2001/EG betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE-Verordening)¹⁰⁰ en de Richtlijn 2001/86/EG tot aanvulling van het statuut met betrekking tot de rol van werknemers (SE-Richtlijn)¹⁰¹ vastgesteld. Op 8 oktober 2004 trad de SE-Verordening in werking en moest de SE-Richtlijn in het nationale recht zijn geïmplementeerd. Hoewel de SE-Verordening vanaf 8 oktober 2004 verbindend is in al haar onderdelen en rechtstreeks moet worden toegepast in elke lidstaat, kent de regeling diverse bepalingen die de lidstaten invoeringsopdrachten en keuzemogelijkheden biedt. Hierdoor waren nationale uitvoeringsbepalingen gewenst en soms noodzakelijk. Slechts zes van de toenmalig vijftientig lidstaten (Oostenrijk, Denemarken, Finland, Hongarije, Zweden en Groot-Brittannië) slaagden erin de uitvoerings- en implementatiewetgeving op tijd rond te hebben.¹⁰² In Nederland traden de benodigde wetten eerst op 1 april 2005 in werking.

2.7.2 Enige vennootschapsrechtelijke aspecten

De SE biedt kapitaalvennootschappen van het NV-type de mogelijkheid tot een structuur van samenwerking die is toegesneden op de dimensies van de interne markt. De SE wordt beheerst door de regels van de SE-Verordening en van het nationale NV-recht van de lidstaat waar de SE haar statutaire en werkelijke zetel heeft. Het nationale recht speelt een rol met betrekking tot aangelegenheden die niet of slechts gedeeltelijk in de SE-Verordening zijn geregeld (art. 9 SE-Verordening). Dit geldt bijvoorbeeld voor de bevoegdheden van de algemene vergadering, het kapitaal, de aansprakelijkheid van bestuurders en de bescherming van de minderheidsaandeelhouders. In de huidige systematiek vormt het samenstel van de SE-Verordening en de nationale regels het toepasselijke recht op de SE (*lex societatis*). Een nadeel is dat binnen de Europese Unie achtentwintig typen SE's kunnen bestaan. Aan de andere kant geldt het Europese imago en de supranationale

98 Kiersch & Ter Huurne (2001), p. 183.

99 Idem, p.185 (noot 7).

100 Verordening 2157/2001/EG van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese Vennootschap (SE) (*PbEG* 2001, L 294/1).

101 Richtlijn 2001/86/EG van de Raad van 8 oktober 2001 tot aanvulling van het statuut van de Europese Vennootschap met betrekking tot de rol van werknemers (*PbEG* 2001, L 294/22).

102 Fernando Valdés Dal-Ré, 'Supplementing the European Community with regard to the involvement of employees', Synthesi Report.

structuur als één van de stimulerende factoren om tot oprichting van een SE over te gaan.¹⁰³

De SE ontleent haar rechtspersoonlijkheid aan art. 1 lid 3 SE-Verordening. Kapitaalvennootschappen van het NV-type kunnen op verschillende manieren een SE oprichten: (i) door een grensoverschrijdende fusie, (ii) door oprichting van een holding-SE, (iii) door oprichting van een dochter-SE en (iv) door omzetting. De oprichting van een dochter-SE of een holding-SE staat eveneens open voor kapitaalvennootschappen van het BV-type. De oprichting van een SE vereist een zekere communautaire dimensie die per oprichtingswijze verschilt (art. 2 SE-Verordening). Ook is een minimumkapitaal van € 120.000,- vereist. Afwijking van dit bedrag naar boven is mogelijk indien de nationale wetgeving een hoger bedrag voorschrijft voor vennootschappen die bepaalde activiteiten uitoefenen. Wat de bestuursstructuur van de SE betreft, hebben de oprichters de keuze tussen een dualistische en een monistische structuur.

De SE kan haar zetel binnen de Europese Unie verplaatsen zonder eerst tot liquidatie en vereffening over te moeten gaan. Wel moeten de statutaire en de werkelijke zetel steeds in dezelfde lidstaat zijn gelegen. Overtreding kan uiteindelijk leiden tot liquidatie (art. 64 SE-Verordening). Interessant is dat – na de totstandkoming van de SE-Verordening – de werkelijke zetelleer in de rechtspraak van het Hof van Justitie in belangrijke mate is genuanceerd (vgl. paragraaf 2.8.1). In het rapport betreffende de toepassing van de SE-Verordening en de SE-Richtlijn uit 2010 geeft de Commissie notie zich hiervan bewust te zijn.¹⁰⁴ Tot concrete wijzigingsvoorstellen heeft dit (nog) niet geleid. De werkelijke zetelleer is niet met de vestigingsvrijheid in strijd. Dit neemt niet weg dat de werkelijke zetelleer inbreuk maakt op de flexibiliteit van de SE, met name in lidstaten waar voor nationale NV's de statutaire zetelleer als uitgangspunt geldt.

2.7.3 De rol van de werknemers bij oprichting van een SE

De rol van werknemers is neergelegd in de SE-Richtlijn, die qua structuur veel gelijkenis vertoont met de EOR-Richtlijn. Ook de SE-Richtlijn is gestoeld op onderhandelingen. De besturen van de fuserende vennootschappen moeten met de werknemers (vertegenwoordigd in de BOG) trachten te komen tot een overeenkomst. Lukt dit niet, dan treden de wettelijke referentievoorschriften in werking. Een verschil is dat de EOR-Richtlijn zich beperkt tot de transnationale informatie en raadpleging, terwijl de SE-Richtlijn een stap verder gaat en tevens voorziet in een regeling met betrekking tot de vennootschappelijke medezeggenschap. Dit laatste

¹⁰³ Dit blijkt uit de 'Study on the operation and the impacts of the Statute for a European Company (Final Report)' van 9 december 2009 in opdracht van de Commissie uitgevoerd door Ernst & Young, p. 210.

¹⁰⁴ COM (2010) 676 def, p. 8-9.

was noodzakelijk, omdat met de oprichting van een SE nationale vennootschappen verdwijnen waardoor de aan de nationale vennootschap gekoppelde medezeggenschapsrechten (mogelijk) wegvloeien. Een ander verschil is dat aan de EOR-Richtlijn slechts op initiatief van partijen werking toekomt, terwijl de toepassing van de SE-Richtlijn als een constitutief vereiste geldt voor de oprichting van een SE.¹⁰⁵ In het onderzoeksrapport van Ernst & Young wordt met name dit laatste aspect als een complicerende factor beoordeeld.¹⁰⁶ Dit geldt in het bijzonder voor beursgenoteerde vennootschappen die absolute zekerheid moeten hebben over de procedures en het tijdschema voor de inschrijving.¹⁰⁷

De SE-Richtlijn definieert een aantal voor de toepassing van belang zijnde begrippen. Sommige definities zijn gelijk aan of verwijzen naar de EOR-Richtlijn. Dit geldt voor de begrippen ‘werknemersvertegenwoordigers’ en ‘dochteronderneming van een vennootschap’. De begrippen ‘informatie’ en ‘raadpleging’ kennen overeenkomsten met de EOR-Richtlijn, maar ook verschillen. Zo valt op dat het begrip informatie in de SE-Richtlijn vermeldt op welke onderwerpen de informatieverstrekking betrekking heeft. Het moet gaan om *‘aangelegenheden die betrekking hebben op de SE zelf en op eender welke van haar dochterondernemingen of vestigingen in een andere lidstaat of over aangelegenheden die de bevoegdheid van de besluitvormingsorganen in een enkele lidstaat te buiten gaat’*. De zinsnede herinnert aan de omschrijving van een grensoverschrijdende aangelegenheid in de EOR-Richtlijn.

Een aantal begrippen is eigen aan de oprichting van een SE. Dit geldt voor het begrip ‘vertegenwoordigingsorgaan’. Dit begrip verwijst naar de ondernemingsraad die bij oprichting van de SE op bestuursniveau wordt opgericht. Daarvan moet de ‘bijzondere onderhandelingsgroep’ worden onderscheiden. Deze groep onderhandelt met de bevoegde organen van de deelnemende vennootschappen over de vaststelling van regelingen met betrekking tot de rol van werknemers. Met ‘deelnemende vennootschappen’ is bedoeld op de vennootschappen die rechtstreeks bij de oprichting van de SE betrokken zijn en onder ‘rol van werknemers’ wordt zowel de informatie en raadpleging als de medezeggenschap van werknemers verstaan. De SE-Richtlijn definieert het begrip ‘werknemer’ niet. Voor een bespreking van het werknemersbegrip wordt verwezen naar hoofdstuk 3.4.2.

De regeling over de transnationale informatie- en raadplegingsrechten resulteert in een orgaan dat grotendeels gelijk is aan de Europese ondernemingsraad. Art. 13 lid 1 SE-Richtlijn voorkomt overlap en bepaalt dat de EOR-Richtlijn slechts op de SE en haar dochterondernemingen en vestigingen van toepassing is indien de BOG bij oprichting van de SE besluit de onderhandelingen niet aan te gaan of de

¹⁰⁵ Dit volgt uit art. 12 lid 2 jo. 16 SE-Verordening.

¹⁰⁶ Study on the operation and the impacts of the Statute for a European Company (Final Report) van 9 december 2009 in opdracht van de Commissie uitgevoerd door Ernst & Young, p. 14.

¹⁰⁷ Vgl. Schutte-Veenstra & Verbrugh (2011), p. 27.

onderhandelingen te beëindigen. Tot zover brengt de SE-Richtlijn niets nieuws. Nieuw is de regeling inzake de vennootschappelijke medezeggenschap. De werknemersrechten op het terrein van de vennootschappelijke medezeggenschap zoals die bestaan vóór de oprichting van de SE vormen het uitgangspunt voor de wijze waarop dit aspect gestalte krijgt in de SE. Dit kernbeginsel van de SE-Richtlijn staat wel bekend onder de term ‘voor en na-beginsel’.¹⁰⁸ Het beginsel staat er niet aan in de weg dat de besturen van de deelnemende vennootschappen met de BOG vrij kunnen onderhandelen over de inhoud van een vennootschappelijke medezeggenschapsregeling. De contractsvrijheid staat voorop. Alleen indien partijen niet tot overeenstemming komen, treedt bijlage 3 van de wettelijke referentievoorschriften in werking die op basis van het ‘voor en na-beginsel’ aangeeft hoe de vennootschappelijke medezeggenschap in de SE inhoud krijgt.¹⁰⁹ Partijen kunnen de wettelijke referentievoorschriften uiteraard ook bij overeenkomst van toepassing verklaren.

Art. 12 lid 2 SE-Verordening bepaalt dat een SE slechts kan worden ingeschreven, indien (i) een overeenkomst over de rol van werknemers is gesloten, (ii) door de BOG is afgezien van onderhandelingen of (iii) de termijn voor onderhandelen is verstreken. Het is onduidelijk of deze bepaling aan de oprichting van zogenoemde *shelf*-SE's in de weg staat. Dit zijn niet-actieve SE's die men op ieder moment kan activeren door de aandelen over te dragen aan de koper. Op het moment van oprichting heeft de *shelf*-SE geen personeel, zodat over de rol van werknemers niet kan worden onderhandeld en een SE-OR noch een systeem van vennootschappelijke medezeggenschap tot stand komt. Nu de SE eerst door inschrijving rechtspersoonlijkheid verkrijgt (art. 16 SE-Verordening), kan worden betoogd dat onder alle omstandigheden een plicht tot onderhandelen bestaat en om die reden geen SE zonder werknemers kan worden opgericht. Dit standpunt werd ingenomen door het Duitse *Amtsgericht* (Handelsregister) in een zaak die speelde voor het *Oberlandesgericht* Düsseldorf. Een Duitse GmbH en een Engelse Ltd. wilden een SE oprichten met statutaire zetel in Duitsland. De op te richten SE had geen werknemers en was niet voornemens in de toekomst werknemers in dienst te nemen. Het Duitse *Amtsgericht* weigerde tot inschrijving over te gaan. Dit oordeel hield in hoger beroep geen stand.¹¹⁰ Het *Oberlandesgericht* Düsseldorf oordeelde dat het ontbreken van werknemers de registratie van de SE niet in de weg stond. Volgens het

108 Zie overweging 18 preambule SE-Richtlijn.

109 Bij de oprichting van een SE via een grensoverschrijdende fusie treden de wettelijke referentievoorschriften slechts in werking indien voor de fusie op meer dan 25% van het totale aantal werknemers van de deelnemende vennootschappen (in beginsel dus niet de werknemers van de dochtervennootschappen) één of meer vormen van medezeggenschap van toepassing zijn (art. 7 lid 2 (b) SE-Richtlijn). Bij overschrijding van het percentage kan de BOG besluiten de wettelijke referentievoorschriften alsnog van toepassing te verklaren.

110 Het *Oberlandesgericht* Düsseldorf 30 maart 2009, I-3 Wx 248/08 (te raadplegen via www.dejure.org). Zie over de uitspraak in de Duitse literatuur Forst (2010) en in de Nederlandse literatuur Roelofs (2010), p. 122-123 en Van het Kaar (2010), p. 26-28.

Oberlandesgericht is het doel van de SE-Richtlijn niet het bewerkstelligen van een rol voor werknemers, maar het veiligstellen van eventuele rechten die werknemers voorafgaand aan de oprichting hebben. Het *Oberlandesgericht* voegde daar aan toe dat wanneer de SE op een later moment werknemers in dienst zou nemen, op het bestuur alsnog een onderhandelingsplicht kwam te rusten. Dit werd gemotiveerd met verwijzing naar de Duitse implementatie van art. 11 SE-Richtlijn waaruit volgt dat de onderhandelingsplicht ook geldt bij een structurele verandering tijdens het bestaan van de SE.¹¹¹

De uitkomst is te billijken. De Duitse implementatie valt echter niet direct uit art. 11 SE-Richtlijn af te leiden. Art. 11 SE-Richtlijn omvat een weinig concrete verplichting die is gericht op het tegengaan van misbruik bij de oprichting en strikt genomen niet van toepassing is tijdens het bestaan van de SE. Het is goed mogelijk dat andere lidstaten art. 11 SE-Richtlijn op een andere wijze hebben geïmplementeerd.¹¹² Dit is bijvoorbeeld in Nederland het geval. Het Nederlandse recht bepaalt in art. 1:18 lid 1 (j) WRW dat de overeenkomst een hernieuwde onderhandelingsplicht moet bevatten voor het geval zich na de oprichting structurele veranderingen voordoen. Een hernieuwde onderhandelingsplicht ontbreekt indien de wettelijke referentievoorschriften inhoud geven aan de rol van werknemers of – zoals in de bovengenoemde situatie het geval is – aan de SE-Richtlijn geen invulling is gegeven, omdat de vennootschap(pen) ten tijde van de oprichting geen werknemers hadden.

Hoe moet men nu in Nederland omgaan met de oprichting van *shelf*-SE's? Voor de transnationale informatie en raadpleging is het ontbreken van een heronderhandelingsplicht niet problematisch. Nu een SE-OR ontbreekt, is aannemelijk dat de EOR-Richtlijn van toepassing is. Een probleem bestaat wel met betrekking tot de vennootschappelijke medezeggenschap. De medezeggenschapsrechten die de werknemers toebedeeld krijgen bij de oprichting van een SE worden als het ware 'bevroren'. Toekomstige ontwikkelingen – zoals een personeelstoename waarbij nationale drempels worden overschreden of een uitbreiding van de onderneming dan wel het concern – hebben geen invloed op de inhoud van het medezeggenschapssysteem. Eventueel kunnen de werknemers die later bij de SE in dienst treden met een beroep op overweging 18 preambule SE-Richtlijn een hernieuwde onderhandelingsplicht afdwingen. Deze overweging bepaalt dat het 'voor en na-beginsel'

111 De Duitse implementatie van art. 11 SE-Richtlijn is neergelegd in § 18 Abs. 3 SEBG. Zie over deze bepaling uitgebreid Henssler (2013), p. 831-837 (§ 18, Rn.7-29); Grambow & Stadler (2010), p. 979.

112 Hoewel de Commissie en de vertegenwoordigers van de lidstaten over de implementatie van art. 11 SE-Richtlijn overleg hebben gepleegd tijdens het zogenoemde Brusselse coördinatieoverleg heeft dit overleg niet tot een eensluidende implementatie van het artikel in de verschillende lidstaten geleid. De conclusies van het overleg zijn neergelegd in COM (2008) 591 def. Voor een uiteenzetting van de afwijkende manier waarop een aantal lidstaten art. 11 SE-Richtlijn heeft geïmplementeerd, wordt verwezen naar Roelofs (2010), p. 123-125.

eveneens geldt bij structurele veranderingen in een reeds opgerichte SE.¹¹³ Ik acht verdedigbaar dat een richtlijnconforme interpretatie van art. 1:18 lid 1 (j) WRW met zich brengt dat bij een structurele verandering na de oprichting van de SE partijen alsnog moeten onderhandelen.¹¹⁴ Indien partijen geen overeenstemming bereiken, treden naar het lijkt ook dan de wettelijke referentievoorschriften in werking. Hoe de wettelijke referentievoorschriften – en vooral het ‘voor en na-beginsel’ uit bijlage 3 – in een dergelijke situatie uitwerking krijgen, is niet duidelijk. Ik houd het erop dat bij de toepassing van het ‘voor en na-beginsel’ de medezeggenschap geldt zoals die vanwege de structurele verandering op basis van het nationale recht van toepassing zou zijn geweest.

De mogelijkheid tot omzeiling van het nationale medezeggenschapsrecht bestaat overigens niet alleen via de oprichting van *shelf*-SE's. De vakbonden in Duitsland hebben gemeld dat de SE in sommige gevallen is opgericht om het aantal werknemersvertegenwoordigers in het toezichthoudende orgaan (*Aufsichtsrat*) op hetzelfde niveau te houden.¹¹⁵

2.8 De vestigingsvrijheid ex. art. 49 VWEU

2.8.1 De vestigingsvrijheid en de rechtspraak van het Hof van Justitie

Het vestigingsrecht is in art. 49 VWEU neergelegd. Dit recht komt – naast natuurlijke personen – toe aan vennootschappen in de zin van art. 54 VWEU. Het begrip vennootschap kent een ruime omschrijving en omvat alle rechtspersonen, met uitzondering van rechtspersonen die geen winst beogen. Ook kapitaalvennootschappen vallen onder het toepassingsbereik. Vereist is dat de vennootschap (i) naar het recht van een lidstaat is opgericht en (ii) haar statutaire, hoofdbestuur of hoofdvestiging binnen de Europese Unie heeft. Er geldt dus een dubbele aanknoping.

Het vestigingsrecht wordt door het Hof van Justitie uitgelegd als ‘*iedere maatregel die de toegang tot een andere lidstaat dan de lidstaat van vestiging en de uitoefening van een economische activiteit in die lidstaat mogelijk maakt of zelfs maar vergemakkelijkt door de betrokken marktdeelnemers in staat te stellen daadwerkelijk deel te nemen aan het economische leven in die lidstaat onder dezelfde voorwaarden als die welke voor de nationale marktdeelnemers gelden*’.¹¹⁶ Op grond hiervan is het lidstaten verboden onderscheid te maken op basis van nationaliteit (discriminatieverbod) en maatregelen op te stellen die de uitoefening van het vestigingsrecht belemmeren of minder aantrekkelijk maken, ook indien de

¹¹³ Deze uitleg is in lijn met de aanbeveling van het Brusselse coördinatieoverleg zoals neergelegd in het Rapport van de Group of Experts ‘SE’ van 30 april 2003, p. 18.

¹¹⁴ Volgens Roelofs (2010), p. 126 kan de uitspraak van het *Oberlandesgericht* Düsseldorf bij een richtlijnconforme interpretatie van art. 1:18 lid 1 (j) WRW ter inspiratie dienen.

¹¹⁵ Schutte-Veenstra & Verbrugh (2011), p. 27.

¹¹⁶ Zie HvJ EG 13 december 2005, nr. C-411/03, *JOR* 2006/33 (*SEVIC Systems AG*), punt 18.

maatregelen geen direct onderscheid maken naar nationaliteit.¹¹⁷ Op de lidstaten rust de plicht rekening te houden met buitenlandse wetgeving (beginsel van wederzijdse erkenning). Dit betekent overigens niet dat iedere belemmerende nationale regel als zodanig verboden is. Afwijking is toegestaan bij dwingende redenen van algemeen belang, mits de beperking geschikt is om het daarmee beoogde doel te bereiken en niet verder gaat dan nodig is ter bereiking daarvan. Deze uitzondering staat bekend onder de term '*rule of reason*'.¹¹⁸ Het behoeft geen betoog dat de invulling van deze uitzondering in elke situatie verschillend is. Telkens moet de achtergrond en de aard van de desbetreffende wetgeving worden geanalyseerd om vervolgens de toepassing daarvan af te wegen tegen het fundamentele belang van het vestigingsrecht.

Het Hof van Justitie heeft in een reeks arresten de vestigingsvrijheid voor vennootschappen nader vormgegeven. Een onderscheid valt te maken tussen een secundair en een primair vestigingsrecht. Het secundaire vestigingsrecht geeft een vennootschap het recht in een andere lidstaat dan de lidstaat van oprichting een agentschap, filiaal of dochteronderneming op te richten of deel(nemingen) te nemen in een vennootschap. Wat lidstaten onder het primaire vestigingsrecht verstaan, hangt af van hun nationale IPR-regels op vennootschapsterrein (zie uitgebreid hoofdstuk 3.3.4). In de statutaire zetelleer is de verplaatsing van de statutaire zetel bepalend, terwijl het bij de werkelijke zetelleer om de verplaatsing van de werkelijke zetel gaat. De meeste arresten van het Hof van Justitie inzake het vestigingsrecht van vennootschappen hebben betrekking op de grensoverschrijdende zetelverplaatsing. Hoewel fundamenteel verschillend van aard, is de zetelverplaatsing onlosmakelijk verbonden met de grensoverschrijdende fusie en bestaat tussen beide technieken een zekere wisselwerking. In beide gevallen heeft men van doen met de opeenvolgende toepassing van verschillende rechtsstelsels.

Het eerste arrest over zetelverplaatsing staat bekend onder de naam *Daily Mail* en dateert uit 1988.¹¹⁹ Het arrest had betrekking op een fiscaalrechtelijke belemmering. De fiscale wetgeving van het Verenigd Koninkrijk verbood vennootschappen hun werkelijke zetel naar het buitenland te verplaatsen zonder voorafgaande toestemming van het Ministerie van Financiën. Het Hof van Justitie overwoog dat het EG-Verdrag (thans Unieverdrag) de statutaire zetel, het hoofdbestuur en de hoofdvestiging op gelijke voet plaatst als element van aanknoping zodat de vraag of en zo ja hoe de statutaire of werkelijke zetel van een naar nationaal recht opgerichte vennootschap naar een andere lidstaat kan worden verplaatst, een vraagstuk is waarvoor de vestigingsvrijheid geen oplossing biedt.¹²⁰

117 Zie o.a. HvJ EG 30 november 1995, nr. C-55/94, *NJ* 1997/35 (*Gebhard*), punt 37.

118 De *rule of reason* werd voor het eerst door het Hof van Justitie geformuleerd in HvJ EG 20 februari 1979, nr. C-120/78 (*Cassis de Dijon*).

119 HvJ EG 27 september 1988, nr. C-81/87 (*Daily Mail*).

120 Idem, punt 23.

Na het arrest *Daily Mail* bleef het rond deze materie lange tijd stil, tot het Hof van Justitie in de zaken *Centros*,¹²¹ *Überseering*¹²² en *Inspire Art Ltd.*¹²³ opnieuw werd geconfronteerd met vragen over het vestigingsrecht van vennootschappen. De zaken hadden alle drie betrekking op vennootschappen die, al dan niet bewust, hun werkelijke zetel naar een andere lidstaat dan die van hun oprichting hadden verplaatst en hierin door de ontvangststaat (en dus niet de oprichtingsstaat zoals in *Daily Mail* het geval was) werden belemmerd. Het Hof van Justitie oordeelde in alle gevallen dat de door de betrokken ontvangstlidstaten getroffen maatregelen de hiervoor genoemde *rule of reason* niet doorstonden. Het Hof maakte een onderscheid tussen de conformiteit van het vestigingsrecht van belemmeringen die uitgaan van het oprichtingsland enerzijds en die uitgaan van het ontvangstland anderzijds. Terwijl het oprichtingsland belemmeringen kan stellen aan de verplaatsing van de werkelijke zetel van de vennootschap, is dat het ontvangstland op basis van het beginsel van wederzijdse erkenning niet toegestaan. Het ging in deze drie zaken om het secundaire vestigingsrecht van vennootschappen. Hoewel in het arrest *Überseering* de *rule of reason* niet opging, overwoog het Hof van Justitie dat werknemersbelangen onder omstandigheden een belemmering van het vestigingsrecht kunnen rechtvaardigen.¹²⁴ Nu Duitsland in het arrest onder meer met een beroep op de vennootschappelijke medezeggenschap trachtte de belemmering van het vestigingsrecht te rechtvaardigen, doelde het Hof van Justitie klaarblijkelijk op de vennootschappelijk medezeggenschap van werknemers.

Het in 2005 gewezen arrest *SEVIC* borduurt voort op de lijn uit de eerdere arresten.¹²⁵ Het arrest behandelt de problematiek van de grensoverschrijdende fusie door overneming. Aanleiding tot het stellen van prejudiciële vragen was de weigering van het Duitse Handelsregister om een fusie tussen een Duitse verkrijgende vennootschap en een Luxemburgse verdwijnende vennootschap in te schrijven. Het Luxemburgse recht stond de grensoverschrijdende fusie toe. Het Hof van Justitie overwoog dat het Duitse recht zijn vennootschappen ongelijk behandelde naargelang het om een interne dan wel grensoverschrijdende fusie ging (discriminatieverbod). Een dergelijke beperking was slechts toegestaan als daarvoor een rechtvaardiging bestond. Daarvan was in dit geval geen sprake. Aldus schond Duitsland als ontvangstland de vestigingsvrijheid door de grensoverschrijdende fusie niet toe te staan. Uit de verwijzing naar het arrest *Überseering* blijkt dat bij een grensoverschrijdende juridische fusie de bescherming van medezeggenschap een dwingende reden van algemeen belang kan zijn die een toegestane belemmering kan vormen.

121 HvJ EG 9 maart 1999, nr. C-212/97 (*Centros*).

122 HvJ EG 5 november 2002, nr. C-208/00, NJ 2003/58, JOR 2003/4 (*Überseering*).

123 HvJ EG 30 september 2003, nr. C-167/03, NJ 2004/394 m.nt. Vlas, JOR 2003/249 m.nt. Vossestein (*Inspire Art Ltd.*).

124 HvJ EG 5 november 2002, nr. C-208/00, NJ 2003/58, JOR 2003/4 (*Überseering*), punt 92.

125 Zie HvJ EG 13 december 2005, nr. C-411/03, JOR 2006/33 (*SEVIC Systems AG*).

In 2008 diende het Hof van Justitie zich wederom over een aspect inzake zetelverplaatsing uit te laten.¹²⁶ De casus had betrekking op de Hongaarse vennootschap *Cartesio* die haar werkelijke zetel wilde verplaatsen naar Italië met behoud van haar hoedanigheid van vennootschap naar Hongaars recht. Doordat Hongarije voor het op de vennootschap toepasselijke recht toentertijd nog aanknoopte bij de werkelijke zetelleer was het naar Hongaars recht niet mogelijk de werkelijke zetel naar het buitenland te verplaatsen met behoud van de Hongaarse nationaliteit. De situatie betrof ditmaal dus een primaire zetelverplaatsing bekeken vanuit het perspectief van de vertrekidstaat. Met een beroep op het arrest *Daily Mail* en de verdere verfijning daarvan in het arrest *Überseering* oordeelde het Hof van Justitie dat *‘een lidstaat de aanknoping mag voorschrijven die van een vennootschap is vereist opdat deze kan worden geacht te zijn opgericht volgens het nationale recht, en uit dien hoofde het recht van vestiging heeft, zowel als de aanknoping die vereist is om deze hoedanigheid naderhand te kunnen handhaven’*. Wanneer een vennootschap zich beroept op het vestigingsrecht moet volgens het Hof van Justitie eerst worden nagegaan of de vennootschap voldoet aan de voorwaarden van art. 54 VWEU. Het Hof beantwoordde deze voorvraag ten aanzien van de Hongaarse vennootschap ontkennend. De verbreking van één van de aanknopingspunten (de verplaatsing van de werkelijke zetel naar Italië) had tot gevolg dat *Cartesio* niet langer voldeed aan de dubbele aanknoping van art. 54 VWEU. De vennootschap kon daarom geen aanspraak maken op de vestigingsvrijheid.¹²⁷

In het arrest *Cartesio* maakt het Hof van Justitie een onderscheid tussen de situatie dat een vennootschap haar primaire zetel naar een andere lidstaat verplaatst zonder en met verandering van het op de vennootschap van toepassing zijnde recht. Het Hof overwoog in een obiter dictum: *‘Deze belemmering voor de feitelijke omzetting van een dergelijke vennootschap zonder voorafgaande ontbinding en liquidatie, in een vennootschap volgens het nationale recht van de lidstaat waar zij zich naartoe wenst te verplaatsen, zou wel een beperking van de vrijheid van vestiging van de betrokken vennootschap vormen, welke krachtens art. 43 EG verboden is, tenzij zij wordt gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang’*.¹²⁸ Anders gezegd: ingeval een onder het recht van een lidstaat vallende vennootschap haar primaire zetel naar een andere lidstaat wenst te verplaatsen met verandering van het toepasselijke recht mag de oprichtingslidstaat de vestigingshandeling niet belemmeren voor zover het recht van de ontvangstlidstaat de omzetting toestaat en er geen dwingende redenen van algemeen belang zijn. Dit is een belangrijke nuancering op het arrest *Daily Mail* dat het recht op een grensoverschrijdende zetelverplaatsing vanuit het oprichtingsland gezien volledig van de baan leek te hebben geveegd.

126 HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06, NJ 2009/202, JOR 2009/35 (*Cartesio*).

127 Vgl. Schutte-Veenstra (2009), p. 107; Van Boxel (2011), p. 64.

128 HvJ EG 16 december 2008, C-210/06, NJ 2009/202, JOR 2009/35 m.nt. Vossestein (*Cartesio*), punt 113.

Het obiter dictum in het arrest *Cartesio* deed de vraag rijzen in hoeverre een ontvangstlidstaat gehouden is toe te staan dat een buitenlandse vennootschap haar primaire zetel verplaatst naar zijn lidstaat en aldaar haar activiteiten voortzet in overeenstemming met het recht van die (ontvangst)lidstaat. Deze vraag speelde in een volgende Hongaarse zaak. In het arrest *Vale* uit 2012 verduidelijkte het Hof van Justitie dat de zinsnede ‘voor zover diens recht dit toestaat’ uit het arrest *Cartesio* inhoudt dat de ontvangstlidstaat de voorschriften voor de oprichting en werking van de grensoverschrijdende omgezette vennootschap mag vaststellen.¹²⁹ Dit is in lijn met het arrest *Daily Mail* waarin het Hof van Justitie overwoog dat een op grond van een nationale rechtsorde opgerichte vennootschap alleen bestaat krachtens de nationale wetgeving. Het Hof van Justitie voegde hier in het arrest *Vale* echter aan toe dat de van toepassing verklaarde bepalingen niet ongunstiger mogen zijn dan die voor soortgelijke interne situaties gelden (discriminatieverbod) en de uitoefening van het vestigingsrecht in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk mogen maken (doeltreffendheidsbeginsel).¹³⁰ Dit stemt overeen met de overwegingen van het Hof in het arrest *SEVIC* en maakt duidelijk dat ook *inbound* grensoverschrijdende omzettingen vallen onder de reikwijdte van de vrijheid van vestiging.

2.8.2 De vestigingsvrijheid en de grensoverschrijdende fusie

Vestigingsrechtelijk is het de vraag welke vennootschap zich waar vestigt. Uit het arrest *SEVIC* volgt dat het de ontvangstlidstaat niet is toegestaan vennootschappen ongelijk te behandelen naar gelang het een interne of grensoverschrijdende fusie betreft. Deze benadering vindt bevestiging in het arrest *Vale*. Nu iedere (ontvangst) lidstaat voor de interne juridische fusie een wettelijke regeling kent op basis van de Derde Richtlijn, moet deze regeling ook op de grensoverschrijdende variant worden toegepast waarbij de regels de uitoefening van het vestigingsrecht in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk mogen maken. Met andere woorden: een grensoverschrijdende fusie is op basis van de vestigingsvrijheid – behoudens redenen van algemeen belang – toegestaan in de situatie waarin het een binnenlandse vennootschap is die een buitenlandse vennootschap opslorpt en het de verkrijgende vennootschap is die zich beroept op het vestigingsrecht (*inbound* fusie). De ontvangstlidstaat kan de vestigingshandeling ook niet tegenhouden met een beroep

129 HvJ EU 12 juli 2012, C-378/10, *NJ* 2012/581, *JOR* 2012/285 m.nt. Vossestein (*Vale Építési*). Over dit arrest uitgebreid Verbrugh (2013), p. 23-31.

130 Van Veen (2013), p. 514 stelt zich terecht de vraag hoe deze uitkomst zich verhoudt tot de overweging dat de ontvangstlidstaat de aanknopings mag voorschrijven die van een vennootschap is vereist opdat deze kan worden geacht te zijn opgericht volgens het nationale recht van die lidstaat (punt 29 van het arrest *Vale*). Het dictum heeft immers tot gevolg dat het de lidstaten niet zonder meer is toegelaten als voorwaarde voor erkenning als vennootschap naar het eigen recht te stellen dat de vennootschap bij oprichting de zetel op het eigen grondgebied dient te hebben.

op de bescherming van vennootschappelijke medezeggenschapsrechten. De verkrijgende vennootschap behoudt zijn rechtsvorm zodat de eventuele medezeggenschapsrechten van de werknemers werkzaam in de ontvangstlidstaat niet worden bedreigd.

De toelaatbaarheid van de fusie werd in het arrest *SEVIC* beoordeeld vanuit het perspectief van een *inbound* fusie. Het was de Duitse verkrijgende vennootschap die een beroep deed op de vestigingsvrijheid. De redenering borduurt voort op de eerder door het Hof van Justitie gewezen arresten *Überseering* en *Inspire Art Ltd.* en kan worden beschouwd als een uitoefening van het secundaire vestigingsrecht. Voor de verkrijgende vennootschap komt de juridische fusie neer op de creatie van een buitenlandse vestiging die de vorm van een bijkantoor aanneemt.

SEVIC geeft geen uitsluitel over de vraag of de bij de fusie optredende verdwijnende vennootschap zich jegens de vertrekidstaat op de vrijheid van vestiging kan beroepen. Het gaat dan om de toelaatbaarheid van de grensoverschrijdende fusie vanuit een *outbound* perspectief. Deze vraag behoefde in het arrest *SEVIC* geen beantwoording omdat het Luxemburgse recht een grensoverschrijdende fusie toestond. Maar wat als dat niet het geval is? Het argument dat de *out-* en *inbound* fusie elkaars spiegelbeeld zijn waardoor de overwegingen uit het arrest *SEVIC* ook op de omgekeerde situatie van toepassing zouden zijn, acht ik weinig steekhoudend. In zijn rechtspraak inzake de grensoverschrijdende zetelverplaatsing houdt het Hof van Justitie (tot dusver) consistent vast aan het onderscheid tussen een *out-* en *inbound* situatie. Men kan dus niet zomaar stellen dat de overwegingen uit het arrest *SEVIC* ook voor de *outbound* fusie gelden.¹³¹ Bovendien gaf het Hof van Justitie in *Cartesio* een zeer beperkte uitleg aan het *SEVIC* arrest. Het Hof overwoog: ‘*SEVIC* betrof immers de erkenning, in de lidstaat van oprichting van een vennootschap, van een vestigingshandeling middels een grensoverschrijdende fusie door deze vennootschap in een andere lidstaat (...)’.¹³²

Hoe moet het dan wel? In het arrest *Cartesio* had de verbreking van één van de aanknopingspunten (de verplaatsing van de werkelijke zetel naar Italië) tot gevolg dat de Hongaarse vennootschap niet langer voldeed aan de vereisten van een vennootschap in de zin van art. 54 VWEU. Hierdoor kwam de vennootschap geen beroep toe op de vestigingsvrijheid. In lijn met *Cartesio* zou men kunnen stellen dat de verdwijnende vennootschap als gevolg van de fusie haar aanknopingspunt met het recht van de vertrekidstaat verliest. De verdwijnende vennootschap verliest immers haar rechtsvorm. In die lezing komt de verdwijnende vennootschap geen beroep toe op de vestigingsvrijheid.

¹³¹ Vgl. Storm (2009), p. 335.

¹³² HvJ EG 16 december 2008, C-210/06, *NJ* 2009/202, *JOR* 2009/35 m.nt. Vossestein (*Cartesio*), punt 122.

Ik sta een andere benadering voor. Het Hof van Justitie overwoog in *Cartesio* in een obiter dictum dat de oprichtingsstaat c.q. vertrekstaat de verplaatsing van de primaire zetel naar een andere lidstaat met verandering van het toepasselijke recht moest erkennen indien de ontvangstlidstaat hiertegen geen bezwaren had. Verschil met de *outbound* variant van de grensoverschrijdende fusie is dat bij een grensoverschrijdende omzetting de rechtspersoon wordt voortgezet, terwijl bij een grensoverschrijdende fusie de rechtspersoon verdwijnt. Het uitgangspunt is echter hetzelfde. In beide gevallen wijzigt de rechtsvorm van de vennootschap, is na de vestigingshandeling het buitenlandse vennootschapsrecht van toepassing, wordt de rechtspositie van de rechtspersoon voortgezet en daarmee de rechtsverhoudingen met derden en heeft de vestigingshandeling op zichzelf geen gevolgen voor de plaats waar de werkzaamheden worden verricht. Een grensoverschrijdende omzetting kan feitelijk ook worden bewerkstelligd met een grensoverschrijdende fusie.¹³³ Bovendien verstaat het Hof van Justitie in het arrest *Vale* onder de omzetting ook gevallen waarin de juridische en economische continuïteit tussen de rechtsvoorgangster die de omzetting heeft gevraagd en de omgezette rechtsopvolgster ontbreekt.¹³⁴ Voor mijn benadering pleit tot slot het feit dat de Tiende Richtlijn invulling geeft aan de verwezenlijking van de vrijheid van vestiging. Het is met elkaar in tegenspraak dat een verdwijnende vennootschap geen beroep kan doen op de vestigingsvrijheid maar wel op de uitoefening daarvan via de Tiende Richtlijn.

In mijn visie kan de verdwijnende vennootschap zich dus jegen de vertrekstaat beroepen op de vestigingsvrijheid. De verdwijnende vennootschap beroept zich bij een fusie door overneming op het secundaire vestigingsrecht in haar hoedanigheid van kandidaat-vestiging. Of dit ook mogelijk is bij een fusie door oprichting is discutabel. De uit de fusie ontstane vennootschap bestaat nog niet op het moment dat de verdwijnende vennootschap het vestigingsrecht inroept. In die situatie ligt een beroep op het primaire vestigingsrecht meer voor de hand.

2.9 Sluimerende en ingetrokken communautaire initiatieven

2.9.1 Vijfde Richtlijn

Op 9 oktober 1972 diende de Commissie bij de Raad een voorstel in voor een Vijfde Richtlijn.¹³⁵ Het voorstel had betrekking op de structuur van de NV alsmede de bevoegdheden en verplichtingen van haar organen. Het voorstel was controversieel, niet in de laatste plaats omdat het voorstel een voorziening kende tot inbedding van medezeggenschap in de organen van de vennootschap. Voor iedere NV – ongeacht

133 De vennootschap die zich grensoverschrijdend wenst om te zetten richt een dochtervennootschap op in de lidstaat van haar voorkeur. De dochtervennootschap treedt bij de grensoverschrijdende fusie vervolgens op als verkrijgende vennootschap (*down stream* fusie).

134 HvJ EU 12 juli 2012, C-378/10, *NJ* 2012/581, *JOR* 2012/285 m.nt. Vossestein (*Vale Épitési*), punt 55.

135 COM (1972) 887 def.

de grootte – werd de dualistische bestuursstructuur verplicht gesteld. Aan deze verplichting lag de gedachte ten grondslag dat een bestuursstructuur waarbij personen met verschillende taken in hetzelfde orgaan zitting hadden voor buitenstaanders te ondoorzichtig was. Om de verantwoordelijkheden van de bestuursleden duidelijk te kunnen afbakenen, was het volgens de Commissie noodzakelijk dat het bestuur en het toezicht daarop aan twee afzonderlijke organen werd opgedragen. Een ander argument was dat een dualistische structuur een betere basis bood aan de medezeggenschap van werknemers op vennootschapsniveau.

Het voorstel stelde medezeggenschap verplicht in NV's met ten minste 500 werknemers. De medezeggenschapsregeling had een 'voorzichtig' karakter in die zin dat de Commissie geen uniforme regeling voorstelde, maar aansluiting zocht bij de modellen die in Nederland en Duitsland bestonden. Het eerste model voorzag in een directe vertegenwoordiging van de werknemers in het orgaan van toezicht tot ten minste een derde van het aantal leden. De werknemersvertegenwoordigers konden worden gekozen hetzij rechtstreeks door werknemers hetzij door hun vertegenwoordigers binnen de onderneming. Ook was het mogelijk de bevoegdheid tot benoeming formeel aan een vennootschapsorgaan op te dragen en aan de werknemers(vertegenwoordigers) een bindend voordrachtsrecht toe te kennen. Het tweede model was geïnspireerd op het toenmalig Nederlandse systeem. Dit model hield in dat alle leden van de raad van toezicht door coöptatie werden benoemd en dat de werknemersvertegenwoordigers (evenals de algemene vergadering) een aanbevelingsrecht hadden en tegen de uiteindelijke benoeming bezwaar konden maken. Een onafhankelijk orgaan naar publiek recht kon het bezwaar ongedaan maken.¹³⁶ De lidstaten hadden de keuze de medezeggenschap volgens één van deze modellen aan de NV voor te schrijven. De Commissie stelde in de toelichting bij het voorstel expliciet dat de modellen gelijkwaardig aan elkaar waren.

Een advies van het Parlement op het voorstel uit 1972 liet tot 1982 op zich wachten.¹³⁷ Het Parlement nam een kritische houding aan ten opzichte van de medezeggenschapsregeling en bepleitte een soepeler opzet.¹³⁸ Het advies vond zijn

136 Het valt op dat de voor Nederland zo belangrijke concernverhouding in het model buiten beschouwing werd gelaten. Dit hield hoogstwaarschijnlijk verband met de voorbereidingen van de Negende Richtlijn waarin de verschillende vraagstukken over concerns integraal zouden worden geregeld. De Negende Richtlijn heeft de ontwerpfase echter nooit gehaald.

137 Deze vertraging was deels te wijten aan de uitbreiding van de Gemeenschap in 1973 en een aantal procedurele gebreken, maar had zeker ook van doen met het uiterst controversiële onderwerp van de Vijfde Richtlijn. Zie ook Timmermans (1982), p. 279. Het Economisch en Sociaal Comité achtte zich in haar advies uit 1974 niet in staat over de medezeggenschapsregeling een definitief standpunt in te nemen (*PbEG* 1974, C 109/9).

138 Eerste lezing van het Parlement inzake het voorstel voor een Vijfde Richtlijn gebaseerd op art. 54 van het EEG-Verdrag met betrekking tot de structuur van de naamloze vennootschap alsmede de bevoegdheden en verplichtingen van haar organen (*PbEG* 1982, C 149/20).

uitwerking in een gewijzigd voorstel dat door de Commissie in 1983 bij de Raad werd ingediend.¹³⁹ Overigens had de Commissie zich in het Groenboek ‘*Medezeggenschap van werknemers en structuur van de vennootschap*’ uit 1975 reeds een stuk flexibeler opgesteld inzake de medezeggenschap.¹⁴⁰

De belangrijkste wijzigingen in het nieuwe voorstel waren als volgt. In plaats van een verplichte dualistische bestuursstructuur werd het lidstaten toegestaan een monistische bestuursstructuur te handhaven. De Commissie streefde een zo groot mogelijke gelijkwaardigheid na door in het monistische stelsel een onderscheid verplicht te stellen tussen de beherende en niet-beherende bestuursleden. Voorts werden – overeenkomstig het advies van het Parlement – aan de twee oorspronkelijke medezeggenschapsmodellen twee modellen toegevoegd.¹⁴¹ Het derde model ging uit van een orgaan dat de werknemers op vennootschapsniveau vertegenwoordigde. De idee was dat dit orgaan soortgelijke informatie- en raadplegingsrechten zou krijgen ten opzichte van het bestuur als waarover de raad van toezicht beschikte. In de literatuur werd terecht betwijfeld of dit model aan de twee oorspronkelijke modellen gelijkwaardig was.¹⁴² Het model gaf de werknemers immers geen invloed op de samenstelling van het toezichthoudende of het bestuursorgaan. Het vierde model bood de mogelijkheid de medezeggenschap via cao te realiseren. Strikt genomen betrof dit geen afzonderlijk model. De sociale partners moesten het bij cao eens worden over de invoering van één van de drie andere modellen en ontbeerden de vrijheid tot een eigen regeling te komen. Tot slot werd de drempel voor medezeggenschap van 500 naar 1.000 werknemers verhoogd. Wel telden in het nieuwe voorstel de werknemers van afhankelijke ondernemingen voor de drempelwaarde mee.

Nadat het Parlement in 1991 over het nieuwe voorstel advies had uitbracht,¹⁴³ bleef het stil. De Raad kon het niet eens worden over de medezeggenschapsbepalingen, hetgeen de aanneming van het voorstel blokkeerde. Het voorstel voor een Vijfde Richtlijn is nooit de ontwerpfase voorbijgekomen en is in 2004 door de Commissie ingetrokken.¹⁴⁴

2.9.2 Veertiende Richtlijn

Op verzoek van de Commissie kwam de Duitse hoogleraar Beitzke in 1962 met een rapport over de erkenning en zetelverplaatsing van vennootschappen en rechtspersonen

139 COM (1983) 185 def.

140 Het Groenboek is gepubliceerd in het Bulletin van de Europese Gemeenschappen, supplement 8/75.

141 Op het ‘Nederlandse’ model van coöptatie na dat alleen in een dualistische structuur kon worden toegepast, waren de modellen van toepassing in zowel een monistische als een dualistische bestuursstructuur.

142 Timmermans (1984), p. 15.

143 Advies van het Parlement over de tweede wijziging op het voorstel voor een vijfde richtlijn van de Raad (*PbEG* 1991, C 269/15).

144 Intrekking van voorstellen van de Commissie die niet langer actueel zijn (*PbEU* 2004, C 5/20).

binnen de Europese Unie.¹⁴⁵ Dertig jaar later bracht KPMG – eveneens op verzoek van de Commissie – over het onderwerp een advies uit.¹⁴⁶ Een eerste voorstel voor een richtlijn inzake de grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen volgde in 1997¹⁴⁷ en borduurde in zekere zin voort op het advies van KPMG. In de kern kwam het voorstel erop neer dat lidstaten de primaire zetelverplaatsing (statutaire of werkelijke zetel) van vennootschappen naar een andere lidstaat dienden toe te staan met behoud van identiteit en zonder ontbinding of vereffening van de vennootschap, maar met wijziging van het toepasselijke recht. Het voorstel kende geen bepaling inzake de bescherming van de vennootschappelijke medezeggenschap van werknemers. Slechts werd bepaald dat de te ‘verhuizen’ vennootschap aan de werknemers diende aan te geven op welke wijze de werknemersvertegenwoordiging na de zetelverplaatsing vorm zou krijgen. Hoewel daarop meermalen werd aangedrongen,¹⁴⁸ is het voorstel nooit officieel bij de Raad en het Parlement ingediend.

De Commissie leek lange tijd voornemens alsnog tot indiening over te gaan. In haar Company Law Action Plan uit 2003 beschouwde de Commissie de totstandkoming van de Veertiende Richtlijn als een prioriteit op korte termijn.¹⁴⁹ Dit voornemen werd door het Parlement ondersteund.¹⁵⁰ Het Parlement drong in 2006 zelfs aan op korte termijn tot indiening over te gaan. De Veertiende Richtlijn zou een leemte dichten in het stelsel van de interne markt.¹⁵¹

In het rapport ‘*Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office*’ uit 2007 kondigde de Commissie evenwel aan vooralsnog geen nieuw voorstel voor een Veertiende Richtlijn in te dienen. Het belangrijkste argument was dat de kwestie mogelijk zou worden verhelderd in toekomstige rechtspraak van het Hof van Justitie. Gedoeld werd op het toentertijd nog te wijzen arrest *Cartesio*. Hiermee had de Commissie een verkeerde voorstelling van zaken. De prejudiciële vragen in de zaak *Cartesio* hadden betrekking op het verplaatsen van de werkelijke zetel met behoud van het recht van het oprichtingsland, terwijl het

145 Het gehele rapport is nooit gepubliceerd. Een samenvatting van het rapport is opgenomen in Beitzke (1965).

146 Study on the transfer of the head office of a company from one Member State to another, carried out by K.P.M.G. European Business Centre, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Commission, 1993.

147 De Engelse versie van het voorstel is opgenomen in Bellingwout (1996), p. 485-490.

148 Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, Brussels 4 November 2002. Ook bij de publieke consultatierondes uit 1997 en 2002 bleek dat het voorstel op veel steun kon rekenen.

149 COM (2003) 284 def, p. 24.

150 Resolutie van het Europees Parlement over de mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement - Modernisering van het vennootschapsrecht en verbetering van de corporate governance in de Europese Unie - Een actieplan, P5_TA (2004)0346 (*PbEG* 2004, C 104E), nrs. 28 en 49.

151 Resolutie van het Europees Parlement over recente ontwikkelingen en vooruitzichten op het gebied van het vennootschapsrecht, P6_TA (2006)0295 (*PbEG* 2006, C 303E), nrs. 32 en 33.

voorstel voor een Veertiende Richtlijn uitging van een verplaatsing van de zetel met wijziging van het toepasselijke recht. Zoals in paragraaf 2.8.1 gesteld, wijdde het Hof van Justitie in het arrest *Cartesio* in een obiter dictum desondanks een overweging aan de grensoverschrijdende omzetting. Ik sluit niet uit dat de mededeling van de Commissie hierop van invloed is geweest. Uit het obiter dictum volgt dat lidstaten een *outbound* omzetting dienen toe te staan indien de ontvangstlidstaat geen bezaren tegen de omzetting heeft en er geen dwingende redenen van algemeen belang zijn. Inmiddels heeft het Hof van Justitie in het arrest *Vale* duidelijk gemaakt dat ook een *inbound* grensoverschrijdende omzetting valt onder de reikwijdte van de vrijheid van vestiging. Veel aspecten blijven echter onuitgewerkt.¹⁵² Dit geldt onder meer voor de vraag wanneer de bescherming van werknemers een dringende reden van algemeen belang betreft. De bal ligt feitelijk dus nog steeds bij de Europese wetgever.¹⁵³

Een ander argument om niet tot indiening van een voorstel over te gaan was dat werd betwijfeld of de Veertiende Richtlijn wel voldoende had toe te voegen aan de grensoverschrijdende omzetting door middel van een *down stream* fusie. Deze fusievariant komt erop neer dat de vennootschap die zich grensoverschrijdend wenst om te zetten een dochtervennootschap opricht in de lidstaat van haar voorkeur. Vervolgens vindt tussen deze twee vennootschappen een grensoverschrijdende juridische fusie plaats, waarbij de oude vennootschap verdwijnt en de nieuwe vennootschap als verkrijgende vennootschap optreedt. Dit argument is nog steeds valide, maar wordt in de literatuur als zwak betiteld nu het een zeer omslachtige methode is om een zuivere zetelverplaatsing te bewerkstelligen.¹⁵⁴

Nog geen drie maanden nadat het arrest *Cartesio* was gewezen, riep het Parlement de Commissie andermaal op een voorstel in te dienen.¹⁵⁵ Het Parlement deed gedetailleerde aanbevelingen voor de inhoud van het voorstel. De vijfde aanbeveling had betrekking op de bescherming van bestaande vennootschappelijke medezeggenschapsrechten. De medezeggenschap moest volgens het Parlement primair vallen onder het nationale recht van de ontvangstlidstaat. De onderhandelingsystematiek uit de Tiende Richtlijn zou moeten gelden indien (i) het recht van de ontvangstlidstaat niet voorzag in tenminste dezelfde mate van medezeggenschap zoals gold in de vertreklandstaat of (ii) het recht van de ontvangstlidstaat aan buitenlandse werknemers niet dezelfde medezeggenschapsrechten toekende als die welke zij voor de omzetting genoten. Een aanbeveling van gelijke strekking vindt

152 Dit blijkt bijvoorbeeld uit de verschillende interpretaties die aan het arrest *Cartesio* zijn gegeven in de literatuur. Zie o.a. Hijink (2010); Storm (2009); Bellingwout (2009); Verbrugh (2009); Dorresteyn & Verkerk (2009).

153 In gelijke zin Roelofs (2012), p. 798; Schutte-Veenstra (2012), p. 597.

154 Zie Verbrugh (2009). Hetzelfde geldt voor de mogelijkheden die de SE-Verordening aan vennootschappen biedt tot verplaatsing van hun primaire zetel.

155 Resolutie van het Europees Parlement van 10 maart 2009 met aanbevelingen aan de Commissie betreffende grensoverschrijdende overplaatsingen van zetels van vennootschappen (*PbEG* 2009, C 87 E/02).

men terug in de ontwerpresolutie van het Parlement uit 2011.¹⁵⁶ Het rapport over de toekomst van het vennootschapsrecht sluit voor de medezeggenschap eveneens aan bij de (onderhandelings)systematiek in de Tiende Richtlijn.¹⁵⁷

Op 2 februari 2012 heeft het Parlement op grond van art. 225 VWEU een resolutie aangenomen waarin hij de Commissie verzoekt op korte termijn een voorstel in te dienen voor een richtlijn.¹⁵⁸ Een resolutie van dezelfde strekking dateert van 14 juni 2012.¹⁵⁹ Vooralsnog heeft de Commissie aan deze resoluties geen gevolg gegeven.

2.9.3 Verordening inzake een Societas Privata Europaea (SPE)

In 2008 zag een conceptverordening voor een Societas Privata Europaea (SPE) het licht. Aan de totstandkoming van dit voorstel ging het nodige vooraf. In 1997 werd door een aantal juristen over dit onderwerp een boek '*Propositions pour une société fermée européenne*' gepubliceerd dat tijdens een congres in Parijs werd gepresenteerd. Tijdens het congres bleek dat de Commissie een eventueel project steunde, maar dat haar prioriteiten op dat moment lagen bij de totstandkoming van een Statuut voor de SE.¹⁶⁰ Dit weerhield een internationale projectgroep er niet van om in 1999 op eigen initiatief een voorstel voor een SPE op te stellen.¹⁶¹

Na de totstandkoming van de SE-Verordening in 2001 werd binnen de Europese Unie meer prioriteit toegekend aan een voorstel voor de SPE. De High Level Group of Company Law Experts wijdde in haar rapport uit 2002 een afzonderlijk hoofdstuk aan de SPE.¹⁶² De rol van werknemers kende een pragmatische benadering. De werknemers kregen – kort gezegd – recht op informatie en consultatie in ondernemingen vanaf 50 werknemers. Bij ondernemingen met minder dan 250 werknemers bestond geen onderhandelingsplicht over de medezeggenschap. Deze regel genoot uitzondering als voorafgaand aan de oprichting in de deelnemende vennootschappen enige vorm van medezeggenschap bestond. In het Company Law Action Plan uit 2003 kondigde de Commissie een haalbaarheidsstudie aan op basis waarvan moest worden vastgesteld wat de praktische voor- en nadelen van de SPE waren.¹⁶³

156 Ontwerpverslag met aanbevelingen aan de Commissie betreffende een 14^e Richtlijn inzake het vennootschapsrecht betreffende de grensoverschrijdende overdracht van vennootschapszetels van 27 september 2011, 2011/2046 (INI), aanbeveling 7.

157 Report of the Reflection Group on the future of EU Company Law 5 April 2011, p. 22.

158 Resolution European Parliament of 2 February 2012 with recommendations to the Commission on a 14th company law directive on the cross-border transfer of company Seats (2011/2046 (INI)).

159 European Parliament resolution of 14 June 2012 on the future of European company law, P7_TA (2012)0259.

160 Roetert Steenbruggen (2009), p. 6.

161 Dit voorstel is gepubliceerd in het Nederlandse tijdschrift *Ondernemingsrecht* 2001, p. 331-335.

162 Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, Brussels 4 November 2002, p. 113-119.

163 COM (2003) 284 def, p. 25-26.

Dit initiatief werd door het Parlement omarmd.¹⁶⁴ Het advies bleef echter uit. In 2006 riep het Parlement de Commissie op tot indiening van een voorstel over te gaan.¹⁶⁵ Dit verzoek resulteerde in de hiervoor genoemde conceptverordening uit 2008.¹⁶⁶

Uit de toelichting bij de conceptverordening blijkt dat de SPE een alternatief moet bieden voor de bestaande nationale ondernemingsvormen, vooral voor kleine en middelgrote ondernemingen. Natuurlijke personen, nationale vennootschapsvormen en Europese rechtsvormen kunnen op vier manieren tot oprichting van een SPE overgaan. De eerste mogelijkheid is het zelfstandig oprichten van de SPE (ex nihilo). Daarnaast is oprichting mogelijk via omzetting, fusie of splitsing. Het valt op dat het voorstel – in tegenstelling tot de SE-Verordening – voor de oprichting geen grensoverschrijdend aspect vereist en bovendien niet verplicht stelt dat de werkelijke zetel en de statutaire zetel in dezelfde lidstaat zijn gelegen. Wat de medezeggenschap betreft, is de SPE onderworpen aan het recht waar zij haar statutaire zetel heeft. Volgens de toelichting is een SPE om die reden niet meer of minder aantrekkelijk dan vergelijkbare nationale rechtsvormen. Deze regel gold in eerste instantie ook bij de oprichting van een SPE via omzetting, splitsing of fusie. De constructie bood vennootschappen aldus een manier om nationale medezeggenschapsregels te omzeilen.¹⁶⁷ Opmerkelijk genoeg bevatte het voorstel wel een regeling om ontduiking van bestaande medezeggenschapsrechten tegen te gaan in het geval de SPE haar zetel wenste te verplaatsen. Indien ten minste een derde van het totale aantal werknemers van de SPE in de lidstaat van herkomst werkzaam was en de wetgeving van de lidstaat van ontvangst niet voorzag in ten minste hetzelfde niveau van medezeggenschap, gold een met de SE-Richtlijn vergelijkbare onderhandelingsplicht.

Het Parlement plaatste bij de medezeggenschapsregeling kanttekeningen.¹⁶⁸ Het Parlement achtte voor de oprichting via fusie onderhandelingen over de medezeggenschap noodzakelijk indien de SPE meer dan 500 werknemers had en gemiddeld meer dan een derde van het personeel werkzaam was in een lidstaat of lidstaten met een hoger medezeggenschapsniveau dan gold in de vestigingslidstaat.¹⁶⁹ Voorts adviseerde het Parlement als vereiste toe te voegen dat de SPE een grensoverschrijdende dimensie moest hebben. De enkele bedoeling grensoverschrijdende handel te

164 Resolutie van het Europees Parlement over de mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement - Modernisering van het vennootschapsrecht en verbetering van de corporate governance in de Europese Unie - Een actieplan, P5_TA (2004)0346 (*PbEG* 2004, C 30/4), nr. 51.

165 Resolutie van het Europees Parlement over recente ontwikkelingen en vooruitzichten op het gebied van het vennootschapsrecht, P6_TA (2006)0295 (*PbEG* 2006, C 13/12), nr. 28.

166 COM (2008) 396 def.

167 Vlg. Boschma & Schutte-Veenstra (2008), p. 609-610.

168 Resolutie van het Europees Parlement van 12 maart 2009 over de participatie van werknemers in ondernemingen met de status van een Europese vennootschap en andere begeleidende maatregelen (*PbEG* 2009, C 87E/25).

169 Voor de overige oprichtingsmodaliteiten heeft het Parlement vergelijkbare amendementen ingediend om ontduiking van vennootschappelijke medezeggenschapsrechten tegen te gaan.

voeren, achtte het Parlement overigens al voldoende. De Commissie heeft het voorstel naar aanleiding van het advies aangepast.¹⁷⁰

Het voorstel ligt thans bij de Raad. Eén van de belangrijkste knelpunten is de medezeggenschap.¹⁷¹ De Nederlandse regering heeft aangegeven niet met het voorstel akkoord te kunnen gaan. De reden is dat het onvoldoende bescherming biedt voor het behoud van vennootschappelijke medezeggenschapsrechten. Dit heeft hoogstwaarschijnlijk te maken met het feit dat de onderhandelingsplicht een drempelvereiste van 500 werknemers kent, terwijl op basis van de Nederlandse structuurregeling een BV vanaf 100 werknemers verplicht kan zijn tot het invoeren van vennootschappelijke medezeggenschap. Vanwege het unanimitetsvereiste (het voorstel is gebaseerd op art. 352 VWEU), is niet te verwachten dat het voorstel spoedig wordt aangenomen.

2.10 Conclusie

De oorspronkelijke economische doelstelling van het EEG-Verdrag heeft niet verhinderd dat werknemers op Europees niveau een belangrijke positie hebben verworven. Het sociale aspect heeft door de jaren heen aan invloed gewonnen. Vanaf de jaren zeventig zijn belangwekkende richtlijnen en verordeningen in werking getreden die aan de rol van werknemers vorm en inhoud hebben gegeven. De totstandkoming verliep evenwel moeizaam doordat de lidstaten uiteenlopende visies hadden – en tot op zekere hoogte nog steeds hebben – op de rol die aan werknemers moest worden toegekend. Dit gold voor de betrokkenheid, maar voor de vennootschappelijke medezeggenschap in het bijzonder.

De Europese regelgeving maakt een onderscheid naar vennootschappen zonder en vennootschappen met een communautaire dimensie. Voor de regels die zich op nationale vennootschappen richten, maakte de Europese wetgever gebruik van minimumrichtlijnen. Hierdoor kwam binnen de Europese Unie een bepaald minimumniveau tot stand en konden de lidstaten desgewenst een hoger beschermingsniveau in hun regelgeving behouden dan wel opnemen. Deze harmonisatietechniek ligt aan Richtlijn 2002/14/EG ten grondslag. Deze richtlijn bevat een regeling die werknemers van nationale ondernemingen dan wel vestigingen recht geeft op informatieverstrekking en raadpleging over sociaaleconomische onderwerpen met betrekking tot de onderneming dan wel vestiging waarin zij werkzaam zijn. Het vinden van een compromis bleek lastiger zodra de betrokkenheid zich richtte op de besluitvorming in een vennootschap of een concern met een communautaire dimensie. Voor de EOR-Richtlijn is de oplossing uiteindelijk gevonden in een onderhandelingssystematiek. Het hoofdbestuur en de werknemers (vertegenwoordigd in de BOG) zijn binnen bepaalde kaders vrij de informatieverstrekking en

¹⁷⁰ COM (2009) 665 def.

¹⁷¹ Press release Council of the European Union 30 May 2011, Pres/11/146; Note from the General Secretariat to the Council of the European Union 23 May 2011, 2008/0131 (CNS), p. 3-4.

raadpleging toe te snijden op hun eigen situatie. Komen partijen niet tot afspraken, dan treden de wettelijke referentievoorschriften in werking zoals die zijn geïmplementeerd in de lidstaat waar het hoofdbestuur is gevestigd. De wettelijke referentievoorschriften dwingen de vennootschap dan wel het concern met een communautaire dimensie tot het oprichten van een Europese ondernemingsraad en kennen aan de Europese ondernemingsraad minimumbevoegdheden toe. De onderhandelingssystematiek bood eveneens uitkomst voor het langsepende medezeggenschapsdossier dat aan de totstandkoming van een Statuut inzake de SE in de weg stond. Het lukt de Commissie tot dusver niet eenzelfde systematiek op de Veertiende Richtlijn en de SPE-Verordening van toepassing te verklaren.

De moeizame onderhandelingen over de vennootschappelijke medezeggenschap belemmert de grensoverschrijdende mobiliteit binnen de Europese Unie. Typerend is de moeizame totstandkoming van het Statuut inzake de SE, het intrekken van de Vijfde Richtlijn en het voorlopig parkeren van de Veertiende Richtlijn en de SPE-Verordening. Steeds weer vormt de vennootschappelijke medezeggenschap het voorname knelpunt. Het Hof van Justitie heeft met zijn rechtspraak op grond van de vestigingsvrijheid de mobiliteit van vennootschappen bevorderd. Bij gebrek aan geharmoniseerde regels blijft echter onduidelijk of en zo ja, hoe de bestaande vennootschappelijke medezeggenschapsrechten van werknemers worden beschermd.

3 DE ROL VAN WERKNEMERS KRACHTENS DE TIENDE RICHTLIJN

3.1 Inleiding

De vennootschappelijke medezeggenschap knoopt aan bij de juridische structuur van de vennootschap. Deze vorm van medezeggenschap wordt tot op heden nationaal geregeld met als gevolg dat binnen de Europese Unie op dit vlak grote verschillen bestaan. Dat geeft problemen bij grensoverschrijdend fuseren. Bij een grensoverschrijdende fusie houden één of meer vennootschappen op te bestaan doordat ze opgaan in de verkrijgende of een nieuw ontstane vennootschap (hierna te duiden als uit de fusie ontstane vennootschap). De techniek van grensoverschrijdend fuseren biedt vennootschappen daarom mogelijkheden nationale medezeggenschapsregels te omzeilen. De medezeggenschap die voorafgaand aan de fusie bestaat, kan aanzienlijk wijzigen of zelfs verdwijnen.

De Europese wetgever onderkende dit probleem. Het bleek lastig voor het medezeggenschapsdossier een oplossing te vinden. Lidstaten met een hoog niveau van vennootschappelijke medezeggenschap – zoals Nederland en Duitsland – vreesden een verlies van medezeggenschap, terwijl lidstaten die met het onderwerp onbekend waren – zoals Engeland en Italië – bang waren deze vorm van medezeggenschap binnen hun rechtsstelsels te introduceren. Met art. 16 Tiende Richtlijn zijn de lidstaten tot een compromis gekomen. Dit artikel is gebaseerd op de systematiek uit de SE-Richtlijn en coördineert de verschillende medezeggenschapsregels die op nationaal niveau bestaan. Er vindt dus geen harmonisatie plaats van het materiële (medezeggenschaps)recht, maar van een typisch grensoverschrijdend probleem. De regeling beoogt de dispariteiten tussen de nationale rechtssystemen op te lossen door de nationale regels op elkaar aan te laten sluiten. Daarbij geldt als uitgangspunt dat het hoogste niveau van medezeggenschap zoals dat voorafgaand aan de fusie in de fuserende vennootschappen bestaat, bepalend is voor het medezeggenschapsstelsel waaraan de uit de fusie ontstane vennootschap onderworpen raakt. Dit beginsel is niet absoluut. Omstandigheden die een inbreuk rechtvaardigen zijn de contractsvrijheid en het feit dat een gering percentage werknemers ten opzichte van het totale werknemersbestand voorafgaand aan de fusie recht had op medezeggenschap en/of de wens heeft de medezeggenschap na de fusie te behouden.

In dit hoofdstuk analyseer ik de aard en de inhoud van de rol van werknemers binnen de context van de Tiende Richtlijn. De Tiende Richtlijn is het resultaat van

langdurige onderhandelingen. Met het oog daarop wordt eerst de historie besproken. Dat gebeurt in paragraaf 2. Het overgrote deel van de daarop volgende paragrafen staat in het teken van art. 16 Tiende Richtlijn. De tekst van art. 16 Tiende Richtlijn is niet steeds eenduidig. Ik ga na hoe de bepalingen moeten worden uitgelegd en hoe met eventuele knelpunten kan worden omgegaan. De titel geeft het al aan: het hoofdstuk richt zich op de rol van werknemers. De vennootschappelijke aspecten van de Tiende Richtlijn komen aan bod indien zij relevantie hebben voor de medezeggenschap. Dit geldt onder meer voor de inschrijving, het van kracht worden en de nietigheid van de grensoverschrijdende fusie. Voorts bleek in hoofdstuk 2 dat kapitaalvennootschappen grensoverschrijdend kunnen fuseren op basis van de vestigingsvrijheid en de SE-Verordening. Aan het slot van dit hoofdstuk sta ik daarom stil bij de vraag hoe beide grondslagen zich verhouden tot de Tiende Richtlijn en wat dit betekent voor de medezeggenschapsregeling van art. 16.

3.2 Historische ontwikkeling

3.2.1 Ontwerpverdrag 1974

Reeds in haar memorandum van 1 december 1965 over de concentratie van de gemeenschappelijke markt wees de Commissie erop dat een gemeenschappelijke markt ondernemingen vereist van Europese omvang. Alleen dan konden de voordelen van massaproductie en de wetenschappelijke en technische research zonder beperkingen aan de indertijd honderdtachtig miljoen consumenten ten goede komen.¹ Een instrument om dit resultaat te bereiken was de grensoverschrijdende fusie.

Vanaf 1965 werkte een werkgroep van vertegenwoordigers van nationale regeringen en deskundigen van de Commissie aan een op art. 220 EG-Verdrag gefundeerd verdrag inzake de internationale fusie van naamloze vennootschappen.² De totstandkoming werd gehinderd door moeilijkheden op het gebied van het toepassingsbereik, de fiscale aspecten en de vennootschappelijke medezeggenschap. Voor de medezeggenschap stelde de voorzitter van de werkgroep – de Fransman Berthold Goldman – in 1970 voor aan te sluiten bij de nationale bepalingen die golden in het land waar de statutaire zetel werd gevestigd. Reeds bestaande medezeggenschapsrechten werden in aangepaste vorm behouden indien de uit de fusie ontstane vennootschap de verdwijnende vennootschap als vestiging behield.³ De Duitse delegatie binnen de werkgroep kon zich in deze oplossing niet vinden en

1 EEG Commissie, Negende algemeen verslag over de werkzaamheden van de Gemeenschap, juni 1966, nr. 70 e.v.

2 Art. 220 EG-Verdrag bood de lidstaten de mogelijkheid ‘voor zover nodig met elkaar in onderhandelingen te treden ter verzekering voor hun onderdanen van (...) de mogelijkheid tot fusie van vennootschappen die onder verschillende nationale wetgevingen ressorteren’.

3 Rapport inzake het Ontwerp van Verdrag, zoals opgenomen in het Bulletin van de EEG, supplement 1973/13, p. 121 (bijlage 2A).

kwam met een tegenvoorstel.⁴ Het Duitse voorstel kende twee uitgangspunten: (i) er moest een Statuut inzake een Societas Europaea komen met een uniform systeem voor de medezeggenschap en (ii) de medezeggenschap bij een grensoverschrijdende fusie moest conform die bepalingen worden vormgegeven. Totdat het Statuut inzake een Societas Europaea zou zijn aangenomen, werd alsnog aangeknoopt bij het nationale medezeggenschapsrecht met dien verstande dat een derde van de leden van het toezichthoudende orgaan door de werknemers zou worden benoemd indien de verdwijnende vennootschap voorafgaand aan de fusie medezeggenschap kende.

De grootste kritiek op het Duitse voorstel betrof het feit dat de (nog vast te stellen) medezeggenschapsregeling uit het Statuut inzake een Societas Europaea door de overnemende vennootschap⁵ moest worden toegepast, zelfs indien de fuserende vennootschappen voorafgaand aan de fusie geen medezeggenschap kenden. De Duitse delegatie heeft naar aanleiding van deze kritiek het voorstel in die zin aangepast dat de medezeggenschapsregeling uit het Statuut slechts van toepassing zou zijn als de verdwijnende vennootschap(pen) een regeling van medezeggenschap kende(n). Het mocht niet baten. De werkgroep kwam in 1973 met een Ontwerpverdrag waarin niets over de medezeggenschap was opgenomen.⁶ In een gemeenschappelijke verklaring spraken de verdragsluitende partijen het verlangen uit dat de bescherming van de medezeggenschap werd verzekerd, maar werd voor de oplossing verwezen naar een nog op te richten werkgroep. Het Duitse voorstel en de reacties daarop konden als grondslag dienen voor de verdere discussie.

Het bleek niet mogelijk zonder overeenstemming over de medezeggenschap het Ontwerpverdrag aan te nemen. Geleidelijk vielen de besprekingen stil, totdat ze in 1980 volledig werden opgeschort.⁷

3.2.2 Totstandkoming Tiende Richtlijn

De Europese Commissie nam in 1984 het voortouw het onderwerp nieuw leven in te blazen. Een nieuw voorstel werd gebaseerd op het toenmalige art. 54 lid 3 (g) EEG-Verdrag.⁸ Het betrof de gebruikelijke rechtsgrondslag voor de harmonisatie van het

⁴ Idem, p. 122 (bijlage 2B).

⁵ Het Duitse voorstel gaat uit van de fusie door overnemings. Het spreekt vanzelf dat het voorstel eveneens betrekking heeft op de fusie door oprichting van een nieuwe vennootschap. Deze zienswijze vindt bevestiging in de nota van de voorzitter betreffende de vertegenwoordiging van de werknemers in de organen van de overnemende of van de nieuwe vennootschap, gepubliceerd in het Bulletin van de EEG, supplement 1973/13, p. 125 (bijlage 2D).

⁶ Het Ontwerpverdrag met het toelichtende rapport is gepubliceerd in het Bulletin van de EEG, supplement 1973/13.

⁷ COM (84) 727 def, p. 2.

⁸ De rechtsgrondslag is met inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam in 1997 gewijzigd in art. 44 lid 2 (g) EG-Verdrag. Het artikel heeft betrekking op coördinatiemaatregelen welke in de lidstaten worden verlangd van rechtspersonen om de belangen te beschermen van zowel deelnemers in die rechtspersoon als derden.

vennootschapsrecht en was als zodanig ook gebruikt voor de inmiddels tot stand gebrachte Derde Richtlijn inzake de nationale fusie. De Commissie vond een richtlijn een geschikter middel dan een verdrag omdat naar de Derde Richtlijn kon worden verwezen wanneer de grensoverschrijdende fusie geen behandeling vereiste die afweek van de interne variant. Een richtlijn had bovendien als voordeel dat het Hof van Justitie kon zorgen voor een eenvormige interpretatie.⁹

Het eerste voorstel van de Commissie kende geen regeling over medezeggenschap.¹⁰ Het voorstel bepaalde slechts dat de grensoverschrijdende fusie geen nadelige gevolgen mocht hebben voor werknemers die bij de juridische fusie betrokken waren, in het bijzonder met betrekking tot hun medezeggenschapsrechten.¹¹ Volgens de Commissie lag de 'oplossing' voor het medezeggenschapsdossier op twee terreinen. Allereerst liet de fiscale Fusierichtlijn¹² toe dat de lidstaten fiscale voorwaarden stelden aan de verwezenlijking van de grensoverschrijdende fusie wanneer de fusie tot gevolg had dat de vertegenwoordiging van werknemers van met name de overgenomen onderneming in het gedrang zou komen. Ten tweede bood het voorstel voor een Tiende Richtlijn lidstaten de mogelijkheid de bepalingen niet toe te passen indien de grensoverschrijdende fusie nadelige consequenties had voor de medezeggenschap.¹³ Deze afwijkmogelijkheid gold totdat de medezeggenschap zou zijn geharmoniseerd, hetgeen werd voorbereid in het kader van de Vijfde Richtlijn.¹⁴ Het voorstel kreeg grote kritiek. Het Economisch en Sociaal Comité adviseerde unaniem tot herziening.¹⁵ Het belangrijkste kritiekpunt richtte zich op het feit dat de Tiende Richtlijn niet hoefde te worden toegepast indien de fusie nadelige consequenties zou hebben voor de medezeggenschap. Het zou de concurrentiepositie van de lidstaten die van deze bepaling gebruik zouden maken negatief beïnvloeden.¹⁶ Bovendien zou de uitwerking van de Tiende Richtlijn in de lidstaten verschillend zijn. Ook het Parlement

9 COM (84) 727 def.

10 De tekst is gepubliceerd in *PbEEG* 1985, C 23/06.

11 Art. 1 van het voorstel voor een Tiende Richtlijn, zoals gepubliceerd in het Bulletin van de EEG, supplement 3/85.

12 Richtlijn 90/434/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten (*PbEEG* 1990, L 225/1).

13 Art. 1 lid 3 van het voorstel voor een Tiende Richtlijn zoals gepubliceerd in het Bulletin van de EEG, supplement 3/85.

14 De Commissie meende dat het probleem inzake de medezeggenschap hiermee voorlopig was omzeild, maar erkende dat het geen definitieve oplossing betrof. Zie COM (1984) 727 def, p. 4.

15 De tekst is gepubliceerd in *PbEEG* 1985, C 303/11, p. 27-29.

16 In het SER-advies (1987), p. 16-27 bepleitten sommige leden dat de Nederlandse wet moest bepalen dat een structuurvennootschap bij een grensoverschrijdende fusie alleen als verkrijgende vennootschap kon optreden. Hiermee zou worden voorkomen dat de bevoegdheden uit de structuurregeling verloren konden gaan.

uitte kritiek op de bepaling en weigerde om die reden advies uit te brengen.¹⁷ Het voorstel werd in 2004 ingetrokken.¹⁸

De patstelling had tot gevolg dat de Commissie haar werkzaamheden met betrekking tot een Statuut voor een Societas Europaea hervatte. Het is dit spoor geweest dat de medezeggenschapsproblematiek bij grensoverschrijdende fusies heeft gedeblokkeerd. Uit de totstandkoming van de SE-Verordening en de SE-Richtlijn in 2001 putte de Commissie moed om in 2003 een nieuw voorstel betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen bij de Raad en het Parlement in te dienen.¹⁹ De besluitvorming verliep ditmaal een stuk soepeler. Reden was dat voor de medezeggenschap bij het SE-regime kon worden aangesloten. Hiermee was voor het grootste struikelblok een oplossing gevonden. Naast de bepalingen over medezeggenschap onderscheidde het nieuwe voorstel zich op het gebied van de werkingssfeer. Terwijl de eerdere voorstellen slechts betrekking hadden op naamloze vennootschappen, was de werkingssfeer thans uitgebreid tot alle kapitaalvennootschappen.

Hoewel het nieuwe voorstel door Raad, Parlement en Economisch en Sociaal Comité werd verwelkomd, is de medezeggenschapsregeling nog aanzienlijk gewijzigd. In het voorstel van de Commissie trad de onderhandelingssystematiek uit de SE-Richtlijn in werking op het moment dat ten minste één fuserende vennootschap was onderworpen aan een stelsel van medezeggenschap en het op de uit de fusie ontstane vennootschap van toepassing zijnde rechtstelsel zodanige regels niet voorschreef. Deze bepaling deed geen recht aan de situatie dat het toepasselijke recht na de fusie wel voorzag in medezeggenschap maar op een lager niveau. De fuserende vennootschappen hadden zo alsnog de mogelijkheid bestaande medezeggenschapsregels te omzeilen door de uit de fusie ontstane vennootschap op te richten in een lidstaat met een medezeggenschapsregeling die minderwaardig was aan hetgeen voor de fusie gold. De Raad, in navolging van het Economisch en Sociaal Comité,²⁰ achtte dit niet wenselijk. De Raad stelde voor de procedure uit de SE-Richtlijn te volgen indien bij ten minste één van de fuserende vennootschappen een stelsel van medezeggenschap bestond en het nationale recht na de fusie (i) niet voorzag in ten minste hetzelfde niveau van medezeggenschap, of (ii) aan de werknemers van buitenlandse vestigingen niet dezelfde aanspraak toekende op uitoefening van de medezeggenschapsrechten als gold voor de werknemers in het land van vestiging. Aan de uitzondering werd later nog een drempelcriterium van ten minste 500 werknemers toegevoegd.²¹ Twee andere belangrijke aanpassingen hadden betrekking op de verhoging van het percentage voor de toepasselijkheid van deel drie van de wettelijke referentievoorschriften in de SE-Richtlijn en de

17 Zittingsdocumenten Parlement, A2-01861-87.

18 Intrekking van voorstellen van de Commissie die niet langer actueel zijn (*PbEU* 2004, C 5/20).

19 COM (2003) 277 def. Het voorstel was gebaseerd op art. 44 lid 2 (g) EEG-Verdrag.

20 Economisch en Sociaal Comité, 408^{ste} zitting op 28 en 29 april 2004 (*PbEG* 2004, C 117/34-49).

21 Raad van de Europese Unie, 2624^e zitting van de Raad Concurrentievermogen (Interne markt, Industrie en Onderzoek) op 25 en 26 november 2004, C/04/323, 14687/04 (presse 323), p. 18.

bescherming van medezeggenschap bij een binnenlandse juridische fusie binnen drie jaar na het van kracht worden van de grensoverschrijdende fusie. Het Parlement heeft zich bij deze wijzigingen aangesloten.²²

De tekst is op 10 mei 2005 door het Parlement en op 20 november 2005 door de Raad²³ in één lezing aangenomen. De lidstaten hadden de Tiende Richtlijn uiterlijk op 15 december 2007 moeten omzetten. Het merendeel van de lidstaten is hierin niet geslaagd. Nederland, maar ook België, Griekenland, Spanje, Italië, Litouwen, Letland, Slovenië, Zweden en Portugal ontvingen een met redenen omkleed advies van de Commissie wegens het niet-tijdig omzetten van de richtlijn.²⁴ Het Hof van Justitie heeft uiteindelijk alleen Griekenland en Zweden veroordeeld. Inmiddels is de Tiende Richtlijn in alle lidstaten geïmplementeerd.

3.3 Algemene beschouwingen inzake de Tiende Richtlijn

3.3.1 Rechtsgrondslag

Richtlijnen moeten berusten op een specifieke bevoegdheidsbepaling van het primaire Unierecht. Dit wordt ook wel het rechtsbasisvereiste genoemd.²⁵ De rechtsbasis wordt volgens het Hof van Justitie bepaald aan de hand van de reikwijdte van de specifieke verdragsbepaling en het zogenoemde zwaartepunt van het richtlijnvoorstel.²⁶ Wanneer twee of meer bepalingen als rechtsbasis kunnen fungeren, dient men vast te stellen welke van de bepalingen het meest specifieke karakter heeft. De rechtsbasis van de Tiende Richtlijn is het toenmalige art. 44 EG-Verdrag (thans art. 50 VWEU). Deze bepaling behelst de vrijheid van vestiging. Hoewel dit niet met zoveel woorden uit het voorstel blijkt, is de Tiende Richtlijn meer specifiek gegrond op art. 44 lid 2 (g) EG-Verdrag. Op grond van dit artikel verwezenlijken de Raad en het Parlement de vrijheid van vestiging ‘*door, voor zover nodig, de waarborgen te coördineren welke in de lidstaten worden verlangd van de rechtspersonen (...) om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in die rechtspersonen als van derden, teneinde die waarborgen gelijkwaardig te maken*’.

Ook de medezeggenschapsbepaling van art. 16 Tiende Richtlijn is op deze rechtsgrondslag gebaseerd. De vraag rijst of art. 16 Tiende Richtlijn wel valt binnen het regelingsbereik van art. 44 lid 2 (g) EG-Verdrag. Vooropgesteld moet worden dat art. 44 lid 2 (g) EG-Verdrag ertoe dient waarborgen te coördineren voor de

22 Europees Parlement zittingsdocument A6-0089/2005 van 25 april 2005, p. 38. Zie ook de wetgevingsresolutie van het Europees Parlement van 10 mei 2005, P6_TA(2005)0166.

23 Hoewel de formele aanname plaatsvond op 20 november 2005 was binnen de Raad in november 2004 al een politiek akkoord bereikt.

24 Press Release European Commission 5 juni 2008, IP/08/872.

25 Van Ooik (1999), p. 26.

26 HvJ EG 17 maart 1993, nr. C-155/91 (*Commissie/Raad*), punt 7 en HvJ EG 23 februari 1999, nr. C-42/97 (*Parlement/Raad*), punt 36.

deelnemers in de betrokken rechtspersonen, maar ook voor die van derden. In het arrest *Daihatsu* benadrukte het Hof van Justitie dat het gaat om de belangen van derden in het algemeen.²⁷ Of hieronder werknemers zijn te verstaan, maakt het arrest niet duidelijk.²⁸ Vossestein meent dat met het arrest *Daihatsu* geen uitdrukkelijke rechtsgrondslag is gegeven voor een regeling over medezeggenschap.²⁹ Dat lijkt mij juist. Daar komt bij dat het VWEU met art. 153 lid 1 (f) VWEU (art. 137 lid 1 (f) EG-Verdrag oud) een specifieke grondslag kent voor een regeling inzake de medezeggenschap.

Dit betekent nog niet dat art. 44 EG-Verdrag onder geen beding als rechtsbasis kon dienen. Het Hof van Justitie heeft andermaal overwogen dat men de rechtsbasis aan de hand van het zwaartepunt – het hoofdonderwerp – van de richtlijn dient vast te stellen.³⁰ De considerans van de Tiende Richtlijn noemt als belangrijkste doel het vergemakkelijken van een grensoverschrijdende fusie. Het merendeel van de bepalingen is met het oog op deze doelstelling vastgesteld. Het zwaartepunt van de Tiende Richtlijn valt dan ook zeker binnen de reikwijdte van art. 44 lid 2 (g) EG-Verdrag. Minder essentiële onderwerpen brengen daarin geen verandering aan, tenzij het onderwerp een eigen zwaartepunt in de Tiende Richtlijn betreft. Het Hof van Justitie overwoog in een arrest uit 1999 *'(..) moet voor het bepalen van de passende rechtsgrondslag worden nagegaan, of de betrokken maatregelen voornamelijk betrekking hebben op een gebied van actie en voor de andere beleidsgebieden slechts bijkomende gevolgen hebben, dan wel of beide aspecten even belangrijk zijn. In het eerste geval volstaat het gebruik van een enkele rechtsgrondslag (...); in het andere geval is dit onvoldoende (...) en is de instelling gehouden de handeling vast te stellen op basis van de twee bepalingen waarop haar bevoegdheid berust.*³¹

Niemand zal betwisten dat de vennootschappelijke medezeggenschap binnen de Europese Unie een controversieel onderwerp is. Dit is een belangrijke indicatie dat het onderwerp in de Tiende Richtlijn een afzonderlijk zwaartepunt is zodat het toenmalige art. 137 lid 2 (f) EG-Verdrag als rechtsbasis had moeten gelden. Aan de andere kant heeft art. 16 Tiende Richtlijn als coördinatiebepaling naast de bescherming van medezeggenschap, het vergemakkelijken van grensoverschrijdende fusies tot doel. Dit wijst weer op toepassing van art. 44 lid 2 (g) EG-Verdrag. De reden dat de Commissie de medezeggenschap niet in een afzonderlijke richtlijn heeft neergelegd, laat zich eenvoudig raden. Art. 137 lid 2 (f) EG-Verdrag vereiste voor de

27 HvJ EG 4 december 1997, zaak C-97/96 (*Daihatsu*).

28 Of werknemers derden zijn in de zin van art. 50 (art. 44 oud) lid 3 sub g VWEU wordt van oudsher betwist. Zie Wouters (1999), p. 349 (met name noot 179).

29 Vossestein in zijn annotatie bij het arrest van HvJ EG 13 januari 2004 in *JOR* 2004/34.

30 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 3 december 1999, nr. C-268/94 (*Portugal/Raad*). Voor de vaststelling van het zwaartepunt zijn onder meer de considerans en de titel van de betreffende richtlijn relevant en moeten de verschillende bepalingen in de richtlijn worden geanalyseerd. Meer uitgebreid over deze thematiek Van Ooik (1999), p. 83-84.

31 HvJ EG 25 februari 1999, nr. C-164/97 (*Parlement/Raad*), punt 14.

besluitvorming unanimiteit binnen de Raad, terwijl bij toepassing van art. 44 lid 2 (g) EG-Verdrag een gekwalificeerde meerderheid voldoende was. De politieke overweging om met meerderheid van stemmen over de medezeggenschap te kunnen beslissen, heeft hoogstwaarschijnlijk de doorslag gegeven beide onderwerpen in één richtlijn op te nemen. Dat art. 44 lid 2 (g) EG-Verdrag aan het Parlement medebeslissingsbevoegdheid toekende, zal de reden zijn dat het Parlement de rechtsbasis van art. 16 Tiende Richtlijn niet in twijfel heeft getrokken. Overigens is Italië – die tegen de totstandkoming van de Tiende Richtlijn heeft gestemd – geen procedure tegen de wettigheid gestart.³²

3.3.2 Minimum- en/of standaardbepalingen

Om te bepalen welke ruimte een nationale wetgever heeft bij omzetting van art. 16 Tiende Richtlijn, is de door de Europese wetgever gebruikte harmonisatietechniek van belang.³³ Afwijking van de norm is bij standaardharmonisatie in beginsel niet toegestaan, terwijl bij minimumharmonisatie strengere regels mogen worden vastgesteld. Art. 44 lid 2 (g) EG-Verdrag – waarop de Tiende Richtlijn is gebaseerd – laat het aan de Europese wetgever over de gewenste harmonisatievorm te bepalen. Bij de Tiende Richtlijn is gekozen voor een gemengd systeem dat uitgaat van standaardharmonisatie, maar op bepaalde specifieke terreinen minimumharmonisatie bevat. Zo bepaalt overweging 1 preambule Tiende Richtlijn dat de richtlijn ertoe strekt de talrijke wettelijke en administratieve belemmeringen voor een grensoverschrijdende fusie uit de weg te ruimen. Dit wijst op standaardharmonisatie, daar minimumharmonisatie juist leidt tot (nieuwe) verschillen in nationale wetgeving. Een nadere indicatie voor standaardharmonisatie is het feit dat de meeste bepalingen zeer nauwkeurig zijn omschreven. De keuze voor standaardharmonisatie verbaast overigens niet. Aan een grensoverschrijdend onderwerp is eigen dat de nationale regels op elkaar dienen aan te sluiten en dat lukt alleen als alle lidstaten zich aan hetzelfde stramen houden. In een aantal bepalingen is expliciet opgenomen dat afwijking naar boven is toegestaan. Dit geldt voor de artt. 5 en 8 lid 3 Tiende Richtlijn waar wordt gesproken van ‘ten minste’.

Ook art. 16 Tiende Richtlijn bevat voornamelijk standaardharmonisatie. De tekst van de bepalingen is doorgaans nauwkeurig geformuleerd, waarbij niet is aangegeven dat afwijking ten voordele van de werknemers is toegestaan. Dit geldt

32 Ingevolge art. 263 VWEU zijn de lidstaten, het Parlement, de Raad en de Commissie bevoegd een procedure te starten binnen twee maanden na bekendmaking van een richtlijn. Adviesorganen zoals het Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's worden in art. 263 VWEU niet genoemd en zijn dus niet bevoegd tot het instellen van een dergelijk nietigheidsberoep. Particulieren hebben de bevoegdheid alleen voor zover het gaat om tot aan hen gerichte beschikkingen. Particulieren kunnen geen besluiten van algemene strekking – zoals een richtlijn – aanvechten. De geldigheid kan wel in een op art. 267 (b) VWEU gebaseerde prejudiciële procedure aan de orde komen.

33 De belangrijkste harmonisatietechnieken zijn: totale harmonisatie, optionele harmonisatie, partiële harmonisatie en minimumharmonisatie. Zie over de verschillen uitgebreid Slot (1996), p. 378-397.

eveneens voor de bepalingen uit de SE-Richtlijn waarnaar art. 16 lid 3 Tiende Richtlijn verwijst. Deze wijze van harmonisatie past goed binnen de systematiek van art. 16 Tiende Richtlijn. Het artikel coördineert de verschillende nationale medezeggenschapsstelsels die binnen de lidstaten bestaan en regelt een transnationale aangelegenheid. Dit vereist een strikte eenduidigheid. Het is de lidstaten niet toegestaan voorwaarden aan art. 16 Tiende Richtlijn toe te voegen, mits anders is aangegeven. De bepalingen hoeven echter niet woordelijk in de nationale wetgeving te worden overgenomen. Harmonisatie is geen unificatie. Standaardharmonisatie houdt slechts in dat niet mag worden afgeweken van de normen zoals die in de betreffende richtlijn zijn neergelegd. Het instrument van een richtlijn biedt de lidstaten de ruimte deze normen binnen de kenmerken en de voorwaarden van het eigen rechtstelsel tot hun recht te laten komen. Ook staat standaardharmonisatie er niet aan in de weg dat lidstaten lacunes in de richtlijn aanvullen of bepalingen expliciteren.

3.3.3 De reikwijdte en het toepassingsbereik

De Tiende Richtlijn is gericht op de kapitaalvennootschap (hierna ook wel te duiden als vennootschap). Wat een vennootschap is, volgt uit art. 2 lid 1 Tiende Richtlijn. Het gaat om een vennootschap als bedoeld in art. 1 van de Eerste Richtlijn.³⁴ Voor Nederland gaat het om de naamloze vennootschap (NV) en de besloten vennootschap (BV). In België zijn dat de naamloze vennootschap (NV), de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (BVBA) en de Commanditaire vennootschap op aandelen (Comm. VA) en in Duitsland de *Aktiengesellschaft* (AG), de *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (GmbH) en de *Kommanditgesellschaft auf Aktien* (KGaA). Ook de SE valt onder de definitie nu deze rechtsvorm ingevolge art. 10 SE-Verordening aan de NV en haar buitenlandse equivalenten is gelijkgesteld. De definitie omvat ook een publieke en private vennootschap met rechtspersoonlijkheid en een apart vermogen dat uitsluitend voor de schulden van de vennootschap kan worden aangesproken en die zich overeenkomstig het op deze vennootschap toepasselijke nationale recht moeten houden aan de waarborgen van de Eerste Richtlijn. Het gaat om coöperaties met een in aandelen verdeeld kapitaal. Art. 3 tweede lid Tiende Richtlijn biedt lidstaten de mogelijkheid dergelijke coöperaties van het toepassingsbereik uit te sluiten. Ik lees in de Tiende Richtlijn geen verbod het toepassingsbereik – indien gewenst – uit te breiden naar andere

34 Richtlijn 68/151/EEG van de Raad van 9 maart 1968 strekkende tot het coördineren van de waarborgen, welke in de lidstaten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van art. 58 lid 2 van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden, zulks teneinde die waarborgen gelijkwaardig te maken (*PbEEG* 1968, L 65/8), laatstelijk gewijzigd door Richtlijn 2003/58/EG van het Europees Parlement en de Raad (*PbEG* 2003, L 221/13).

rechtsvormen dan kapitaalvennootschappen.³⁵ Voor een grensoverschrijdende fusie op basis van de Tiende Richtlijn is uiteraard wel vereist dat alle nationale rechtstelsels van de bij de fusie betrokken lidstaten een dergelijke uitbreiding toestaan. Is dat niet het geval, dan moet de toelaatbaarheid van de fusie worden beoordeeld aan de hand van de vestigingsvrijheid (zie hoofdstuk 2.8.2).

De Tiende Richtlijn stelt als voorwaarde dat de kapitaalvennootschap in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat of een staat die deel uitmaakt van de EER is opgericht *én* haar statutaire zetel, hoofdkantoor of hoofdvestiging binnen de EU/EER heeft. De eis van *'het opgericht zijn in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat'* wordt in de literatuur terecht als constitutief vereiste beschouwd.³⁶ Het dient ertoe te verzekeren dat de vennootschap verbonden is met de EU/EER. Het oprichtingsvereiste moet ruim worden opgevat. Een kapitaalvennootschap die is ontstaan na een grensoverschrijdende omzetting vanuit een niet lidstaat naar een lidstaat voldoet eveneens aan dit vereiste.³⁷ Met betrekking tot de voorwaarde *'dat de vennootschap haar statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging binnen de EU/EER heeft'* is voldoende dat de vennootschap aan één van de drie aanknopingsfactoren voldoet.³⁸ Deze uitleg vindt bevestiging in de tekst van art. 1 lid 2 Tiende Richtlijn waar tussen de drie criteria het woordje 'of' is opgenomen. Een Nederlandse NV die is opgericht in overeenstemming met Nederlands recht en in Nederland haar statutaire zetel heeft, kan dus deelnemen aan een grensoverschrijdende fusie ondanks het feit dat het hoofdbestuur bijvoorbeeld in Canada is gelegen. Hiermee onderscheidt de Tiende Richtlijn zich van de SE-Verordening. Ingevolge art. 2 lid 1 SE-Verordening kunnen slechts NV's die zowel hun statutaire als hun werkelijke zetel binnen de EU/EER hebben via een grensoverschrijdende fusie tot oprichting van een SE overgaan.

Volgens Van Eck en Roelofs is niet vereist dat een kapitaalvennootschap daadwerkelijk wordt beheerst door het recht van een lidstaat. Ter illustratie wijzen zij op de situatie dat een vennootschap haar statutaire zetel verplaatst vanuit een lidstaat die uitgaat van het incorporatiestelsel naar een land buiten de EU/EER die dezelfde leer aanhoudt.³⁹ Hoewel het op de vennootschap toepasselijke recht wijzigt, zou volgens de auteurs nog wel zijn voldaan aan de vereisten van de Tiende Richtlijn nu de vennootschap is opgericht in overeenstemming met het recht

35 Ook Schutte-Veenstra (2010), p. 415 veronderstelt dat het de lidstaten vrij staat het toepassingsbereik van de Tiende Richtlijn uit te breiden. Zij motiveert haar standpunt echter niet. De Belgische wetgever heeft het toepassingsbereik ook daadwerkelijk uitgebreid tot andere privaatrechtelijke rechtspersonen dan kapitaalvennootschappen (zie hoofdstuk 5.6.2). Een initiatief dat in de Belgische literatuur is toegejuicht door onder andere Palmaers & Gubbels (2008), p. 256.

36 Van Eck & Roelofs (2010), p. 1.

37 Vgl. Van Veen (2012), p. 235-236; Van Eck & Roelofs (2010), p. 6-7; Zaman, Van Eck & Roelofs (2009), p. 174-176.

38 Met betrekking tot art. 54 VWEU oordeelde het Hof van Justitie dat de drie aanknopingsfactoren op gelijke voet staan. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 27 september 1988, nr. C-81/87 (*Daily Mail*).

39 Van Eck & Roelofs (2010), p. 2; Zaman, Van Eck & Roelofs (2009), p. 173.

van een lidstaat en het hoofdbestuur binnen de Europese Unie ligt. Deze gedachte is mij te stellig. De Tiende Richtlijn vereist dat ten minste twee kapitaalvennootschappen worden beheerst door het recht van verschillende lidstaten. In een situatie zoals genoemd door Van Eck en Roelofs moeten dus minimaal drie vennootschappen bij de fusie betrokken zijn. Bovendien heeft deze opmerking een hoog academisch gehalte. De meeste lidstaten staan niet toe dat vennootschappen hun primaire zetel verplaatsen naar een land buiten de Europese Unie.

3.3.4 De nationaliteit van vennootschappen

Bij een grensoverschrijdende fusie zijn kapitaalvennootschappen uit verschillende lidstaten betrokken. De ligging van vermogensbestanddelen in andere lidstaten dan de lidstaat waar de fuserende entiteiten hun werkelijke zetel, hun statutaire zetel of hun hoofdbestuur hebben, heeft nog niet tot gevolg dat sprake is van een grensoverschrijdende fusie in de zin van de Tiende Richtlijn. Ten minste twee bij de fusie betrokken kapitaalvennootschappen moeten ressorteren onder de wetgeving van verschillende lidstaten. Dit criterium heeft betrekking op de nationaliteit van vennootschappen.

Hoe bepaalt men de nationaliteit van een vennootschap? Het Unierecht geeft op deze vraag geen antwoord. Bepalend is het internationaal privaatrecht (IPR) van de desbetreffende lidstaat. Het Hof van Justitie heeft overwogen dat lidstaten vrij zijn in hun keuze van de aanknopingsfactor voor het toepasselijke recht op vennootschappen.⁴⁰ Dit wordt ook wel de *free choice of connecting factors* genoemd en ligt besloten in art. 54 VWEU.⁴¹ Het IPR worstelt reeds van oudsher met een in beginsel⁴² tussen twee zetellersen woedende ‘loopgravenoorlog’: de leer van de statutaire zetel en de leer van de werkelijke zetel.⁴³ De statutaire zetelleer is uitgangspunt in bijvoorbeeld Nederland⁴⁴ en het Verenigd Koninkrijk.⁴⁵ Deze leer knoopt voor het toepasselijke recht aan bij de plaats waar de vennootschap rechtspersoonlijkheid heeft verworven (wat zich principieel uit in de eerste statutaire

40 HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06, *NJ* 2009/202, *JOR* 2009/35 m.nt. Vossestein (*Cartesio*), punt 110.

41 Vossestein in zijn annotatie in *JOR* 2006/33.

42 Ik heb het over ‘in beginsel’ omdat het IPR talloze uitzonderingen kent maar ook omdat wetten die niet tot het IPR behoren soms bepalingen bevatten die van invloed zijn op aangelegenheden van internationaal privaatrechtelijke aard. Zo volgt voor Nederland een uitzondering op de incorporatieleer uit de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen van 17 december 1997, *Stc.* 697.

43 Zie voor een uitgebreide uiteenzetting van beide leren in de Nederlandse literatuur Rammeloo (2003), p. 134-144; Vlas (2009), p. 22-31; Wouters (2002), p. 259-272. Voor de Duitse literatuur wordt verwezen naar Behme (2008) en voor de Belgische literatuur naar Maresceau (2009) en Meeusen (2003).

44 Art. 10:119 BW.

45 Ss 86 – 87 Companies Act 2006.

zetel) dan wel waar haar statutaire zetel is gevestigd.⁴⁶ In dit stelsel is de enige toets of de oprichting van de rechtspersoon volgens het gekozen rechtsstelsel rechtsgeldig heeft plaatsgevonden. Waar de vennootschap haar bedrijfs- en/of bestuursactiviteiten uitvoert, is van geen belang. Dit in tegenstelling tot de werkelijke zetelleer. In deze leer wordt het toepasselijke recht bepaald door het recht van het land van de centrale bestuurszetel, dat wil zeggen het land waar zich het centrum van de bestuursactiviteiten bevindt. Bij een strikte toepassing zal het recht van het land waar de werkelijke zetel gelegen is alle aspecten van het vennootschapsstatuut beheersen, zodat ook de statutaire zetel van de vennootschap zich in dat land dient te bevinden. De leer van de werkelijke zetel wordt onder meer gevolgd in België,⁴⁷ Frankrijk⁴⁸ en in zekere mate in Duitsland.⁴⁹

De werkelijke zetelleer heeft door de rechtspraak van het Hof van Justitie een groot deel van zijn betekenis verloren. Voorheen waren buitenlandse vennootschappen die hun bestuurscentrum wilden verplaatsen naar een lidstaat die uitging van de werkelijke zetelleer gedwongen een rechtsvorm naar dat recht aan te nemen. In het arrest *Überseering* heeft het Hof van Justitie deze consequentie strijdig geacht met de vestigingsvrijheid.⁵⁰ Lidstaten die uitgaan van de werkelijke zetelleer zijn thans verplicht vennootschappen die rechtsgeldig zijn opgericht naar het recht van een andere lidstaat, te erkennen indien zij de werkelijke zetel naar deze lidstaat verplaatsen. In het arrest *Inspire Art Ltd.* voegde het Hof daaraan toe dat de buitenlandse vennootschap in beginsel evenmin mag worden onderworpen aan nationale regels.⁵¹ Deze laatste beperking geldt eveneens voor lidstaten die de statutaire leer aanhangen.

46 Beide varianten vallen onder de noemer statutaire zetelleer. Het verschil is dat vennootschappen in de eerste variant hun statutaire zetel niet naar het buitenland kunnen verplaatsen, terwijl die mogelijkheid in de tweede variant wel bestaat. De tweede variant geldt bijvoorbeeld in Zwitserland.

47 Art. 110 Wetboek van Internationaal Privaatrecht (WIPR). Art. 112 WIPR staat Belgische vennootschappen onder omstandigheden toe hun werkelijke zetelleer naar het buitenland te verplaatsen met behoud van rechtspersoonlijkheid.

48 Article L210-2 of the French Code de Commerce.

49 In Duitsland vindt de werkelijke zetelleer haar grondslag in de rechtspraak. Voor een uitgebreide uiteenzetting wordt verwezen naar Roth (2003), p. 180-186. Voor de GmbH, de AG en KGaA geldt hierop een nuancering sinds de inwerkingtreding van het Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Misbräuchen (MoMiG) per 1 november 2008. Krachtens deze wet is het kapitaalvennootschappen toegestaan de werkelijke zetel naar een andere lidstaat te verplaatsen zonder dat dit consequenties heeft voor het op de vennootschap toepasselijke Duitse recht. Dit is bepaald in § 4a GmbHG en §5 AktG. Zie over dit onderwerp meer uitgebreid de lezenswaardige bijdrage van Franz & Laeger (2008).

50 HvJ EG 5 november 2002, nr. C-208/00, NJ 2003/58, JOR 2003/4 (*Überseering*).

51 HvJ EG 30 september 2003, nr. C-167/03, NJ 2004/394 m.nt. Vlas, JOR 2003/249 m.nt. Vossestein (*Inspire Art Lt.*).

In de literatuur is betoogd dat de verschillende aanknopingsleren kunnen leiden tot een dubbele nationaliteit van vennootschappen.⁵² Als die zienswijze juist is, kan het voorkomen dat niet alle betrokken lidstaten de fusie als een grensoverschrijdende fusie zien. Illustratief is het volgende voorbeeld:

Een Nederlandse BV wil fuseren met een Belgische BVBA. De Nederlandse BV heeft haar werkelijke zetel in België. Nederland hanteert de statutaire zetelleer. Vanuit Nederlands ipr-perspectief is sprake van een grensoverschrijdende fusie: de BV is aan het Nederlandse en de BVBA is aan het Belgische recht onderworpen. Vanuit Belgisch ipr-perspectief kan dit anders zijn. Ingevolge de in België gehanteerde leer van de werkelijke zetel kan men stellen dat de Nederlandse BV onderworpen is aan Belgisch recht omdat haar werkelijke zetel zich in België bevindt. België beschouwt de fusie in dat geval als een interne aangelegenheid.

Met Vlas acht ik deze zienswijze niet juist.⁵³ De rechtspraak van het Hof van Justitie leert dat zowel de leer van de werkelijke zetel als de leer van de statutaire zetel de vrijheid van vestiging niet mag belemmeren. In dat licht heeft het Hof van Justitie in het arrest *Inspire Art Ltd.* overwogen dat lidstaten niet het eigen (vennootschaps)recht mogen toepassen op vennootschappen die rechtsgeldig zijn opgericht naar het recht van een andere lidstaat. Dit betekent dat België in het bovengenoemde voorbeeld niet het Belgische recht mag toepassen op de Nederlandse BV, enkel omdat de Nederlandse BV haar werkelijke zetel in België heeft. De Nederlandse BV blijft ingevolge het Unierecht een aan Nederlands recht onderworpen BV, zodat ook vanuit Belgisch perspectief sprake is van een grensoverschrijdende fusie.⁵⁴

Bij een grensoverschrijdende fusie kunnen ook SE's zijn betrokken. Dit geldt in aanvulling op de SE-Verordening die slechts de grensoverschrijdende fusie regelt waarbij een SE wordt opgericht.⁵⁵ De vraag rijst door welk recht deze supranationale vennootschap wordt beheerst. De SE-Verordening gaat uit van de werkelijke zetelleer. Op straffe van ontbinding moeten de statutaire en werkelijke zetel in dezelfde lidstaat zijn gevestigd. Hoewel de SE een supranationaal karakter heeft, kan worden aangenomen dat het recht van de lidstaat waaronder de SE ressorteert de nationaliteit bepaalt. Dit houdt in dat een Nederlandse BV niet grensoverschrijdend maar nationaal fuseert met een SE die haar werkelijke en statutaire zetel in Nederland heeft.

52 Zaman, van Eck & Roelofs (2009), p. 180-181; Vlas (2009), p. 378-379. Overigens lijken ook deze auteurs tot de conclusie te komen dat een oplossing moet worden gevonden in het op de vennootschap toepasselijke recht in relatie tot de vestigingsvrijheid. Ook in de buitenlandse literatuur wordt het standpunt gehuldigd dat het kan voorkomen dat een fusie niet door alle betrokken lidstaten als een grensoverschrijdende fusie wordt benaderd. Zie voor de Duitse literatuur Polley (2011), p. 2361 (§ 122b, Rn. 9-10) en voor de Belgische literatuur Palmaers & Gubbels (2008), p. 256.

53 Vlas (2009), p. 378.

54 Dit is anders indien een vennootschap haar werkelijke zetel verplaatst naar een andere lidstaat en aldaar wordt omgezet in een rechtsvorm van het recht van die lidstaat. Na de omzetting valt de vennootschap uiteraard wel onder het recht van die andere lidstaat.

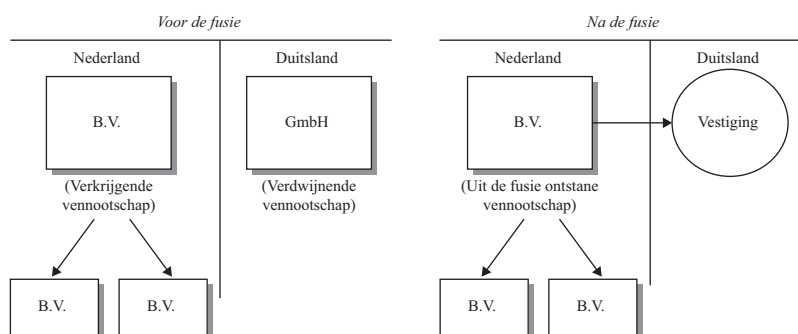
55 Zie de artt. 2 lid 1 en 17 SE-Verordening.

3.3.5 Soorten grensoverschrijdende juridische fusies

Art. 2 lid 2 Tiende Richtlijn noemt overeenkomstig de Derde Richtlijn drie fusiemogelijkheden. Het gaat om (i) de fusie door overneming, (ii) de fusie door oprichting en (iii) de concernfusie. Het onderscheid heeft betrekking op de partij die als verkrijgende vennootschap optreedt en de aandeelhouders van de verkrijgende en/of verdwijnende vennootschap(en). De verschillende fusievarianten worden hierna toegelicht en geïllustreerd aan de hand van een fusie tussen een Nederlandse BV en een Duitse GmbH.

■ De grensoverschrijdende fusie door overneming

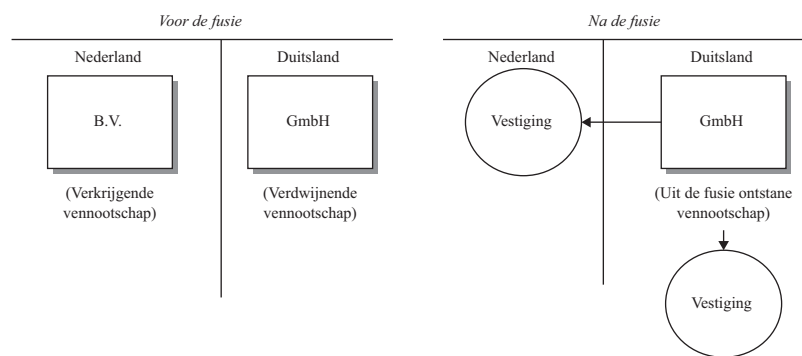
De eerste variant is de grensoverschrijdende fusie door overneming. Dit betreft de rechtshandeling waarbij het vermogen van één of meer vennootschap(en) uit lidstaat A als gevolg en op het tijdstip van ontbinding zonder liquidatie in zijn geheel op een andere, reeds bestaande vennootschap uit lidstaat B overgaat. De verkrijgende vennootschap uit lidstaat B verkrijgt het vermogen van de verdwijnende vennootschap(en) onder algemene titel tegen uitgifte van aandelen van de verkrijgende vennootschap aan de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap(en). Schematisch ziet een grensoverschrijdende *inbound* fusie door overneming er als volgt uit:



■ De grensoverschrijdende fusie door oprichting

De tweede fusiewijze is de grensoverschrijdende fusie door oprichting. Deze variant houdt in dat twee of meer vennootschappen uit ten minste twee verschillende lidstaten een nieuwe verkrijgende vennootschap oprichten. Het vermogen van de verdwijnende vennootschappen gaan als gevolg van de fusie en op het tijdstip van ontbinding zonder liquidatie in het geheel over op de nieuw opgerichte vennootschap. De nieuw ontstane vennootschap kent in het kader van haar oprichting aandelen toe aan de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschappen. Het is de vraag of de statutaire zetel van de nieuw opgerichte vennootschap in een andere lidstaat kan komen te liggen dan die van de fuserende vennootschappen. Naar de

letter van de tekst voorziet de Tiende Richtlijn hier niet in.⁵⁶ De Tiende Richtlijn verbiedt evenwel niet dat lidstaten deze fusiewijze onder het toepassingsbereik scharen. Indien de ontvangstlidstaat deze fusiewijze niet kent, wordt de toepasselijkheid beoordeeld op grond van de vestigingsvrijheid (vgl. hoofdstuk 2.8.2). De rechtspraak van het Hof van Justitie leert dat als de eigen vennootschappen kunnen fuseren door oprichting van een vennootschap deze oprichtingsmogelijkheid ook moet worden geboden aan vennootschappen naar het recht van andere lidstaten.⁵⁷ Schematisch ziet de grensoverschrijdende *outbound* fusie door oprichting er als volgt uit:



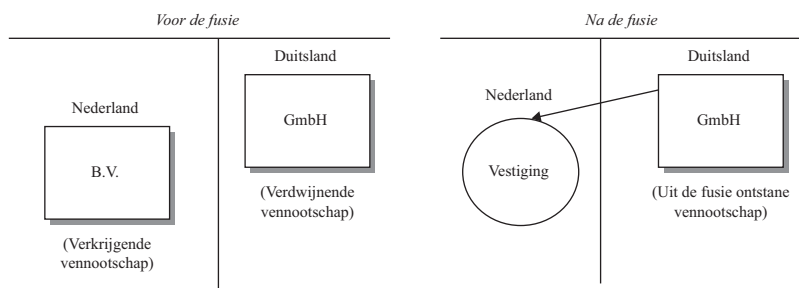
▪ De grensoverschrijdende concernfusie

De derde mogelijkheid is de grensoverschrijdende concernfusie, ook wel de moeder-dochterfusie genoemd. Het betreft een bijzondere variant van de fusie door overname. Bij deze fusievorm fuseert de moedermaatschappij als verkrijgende vennootschap met een 100% dochtervennootschap uit een andere lidstaat (upstream variant). Feitelijk komt deze fusievorm neer op een fusie door overname. Verschil is dat bij de concernfusie geen aandelen worden toegekend aan de aandeelhouder van de verdwijnende vennootschap. Aan de procedure inzake het tot stand komen van de concernfusie worden vanwege de 100% aandelenband minder vereisten gesteld dan aan de overige twee fusievormen (zie art. 15 lid 1 Tiende Richtlijn). Met de inwerkingtreding van Richtlijn 2009/109/EG is een aantal bepalingen van de vereenvoudigde procedure van overeenkomstige toepassing op een *upstream* fusie met een 90% dochter voor zover het recht van de overgenomen

⁵⁶ In gelijke zin Zaman, Van Eck & Roelofs (2009), p. 184.

⁵⁷ Zie ook Van Veen (2013), p. 523.

dochtervennootschap dit toestaat.⁵⁸ Schematisch ziet de *outbound* concernfusie er als volgt uit:



■ Overige fusievormen

Naast de bovengenoemde fusievormen zijn er nog andere varianten van grensoverschrijdend fuseren denkbaar welke niet als zodanig in de Tiende Richtlijn zijn terug te vinden. Denk aan de driehoeksfusie, waarbij de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap aandeelhouders worden van de groepsmaatschappij (veelal de moedermaatschappij) van de verkrijgende vennootschap. Voor de aandeelhouders heeft deze constructie als voordeel dat zij meer courante (bijvoorbeeld beursgenoteerde) aandelen in de moedermaatschappij verkrijgen in plaats van aandelen in de verkrijgende dochtervennootschap.⁵⁹ De Tiende Richtlijn kent deze fusievorm niet, zodat men moet teruggevalen op het nationale recht van de lidstaten en bij het ontbreken van een regeling de vestigingsvrijheid. Voorwaarde voor deze fusiewijze lijkt mij dat het recht van de buitenlandse verdwijnende vennootschap erkent dat de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap bij de fusie overgaan op de verkrijgende vennootschap en dat de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap aandeelhouder worden van een groepsmaatschappij van de verkrijgende vennootschap. Een zelfde redenering geldt voor de groeps- c.q. kruisfusie. Bij deze fusievorm wordt de betrokkenheid van een stichting, vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij verondersteld die niet onder het bereik van de Tiende Richtlijn valt. Indien lidstaten het toepassingsbereik van de Tiende Richtlijn tot deze rechtsvormen hebben uitgebreid of een kruisfusie in nationaal verband mogelijk achten, meen ik dat deze fusiewijze ook grensoverschrijdend kan worden benut.

Een andere variant die geen regeling in de Tiende Richtlijn kent, is de zusterfusie. Bij deze fusievorm houdt een vennootschap alle aandelen in het kapitaal van de te fuseren rechtspersonen en krijgt de verkrijgende vennootschap geen

⁵⁸ Art. 4 (2) Richtlijn 2009/109/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 september 2009 tot wijziging van de Richtlijnen 77/91/EEG, 78/855/EEG en 82/891/EEG van de Raad en Richtlijn 2005/56/EG wat verslaggevings- en documentatieverplichtingen in geval van fusies en splitsingen betreft (*PbEU* 2009, L 259/14).

⁵⁹ Zaman (2007), p. 119-125.

aandelen ingevolge de fusieakte toegekend. De zusterfusie zonder toekenning van aandelen wordt niet genoemd in de Tiende Richtlijn. In Nederland is de vereenvoudigde procedure op de zusterfusie van toepassing. Ik sluit mij aan bij Schutte-Veenstra die meent dat een vereenvoudigde procedure mogelijk is indien de rechtstelsels van de bij de fusie betrokken vennootschappen daarin voorzien.⁶⁰ Die uitleg is in lijn met de doelstelling van de Tiende Richtlijn.

3.4 Enige begrippen

3.4.1 De begrippen vennootschap, dochteronderneming en vestiging

Art. 16 Tiende Richtlijn verklaart een groot aantal bepalingen uit de SE-Richtlijn van overeenkomstige toepassing. Voor de toepassing van deze bepalingen is het begrippenarsenaal van de SE-Richtlijn leidend. Vreemd genoeg hanteert de Tiende Richtlijn bij de formulering van de uitzonderingen (lid 2) en de aanvullende bepalingen (leden 4 t/m 7) dit begrippenkader niet consequent. De Nederlandse versie van de Tiende Richtlijn spreekt enerzijds over ‘fuserende vennootschappen’ en ‘betrokken fuserende vennootschappen’ en anderzijds over het uit de SE-Richtlijn bekende begrip ‘deelnemende vennootschappen’. De Engelse versie kent een soortgelijke afwijkende terminologie en hanteert de begrippen ‘*merging companies*’, ‘*relevant merging companies*’ en ‘*participating companies*’. Is dit onderscheid welbewust aangebracht of een gevolg van haastwerk? Ik meen dat het laatste speelt. Aannemelijk is dat met al deze termen is bedoeld op de vennootschappen die rechtstreeks aan de grensoverschrijdende fusie deelnemen. Dit neemt niet weg dat de formulering slordig en inconsistent is. Het was de rechtszekerheid (en leesbaarheid) ten goede gekomen wanneer de Europese wetgever qua terminologie bij de SE-richtlijn had aangesloten. Dit gebeurt overigens wel in de Duitse tekst van de Tiende Richtlijn. Daar wordt consequent gesproken over ‘*beteiligten Gesellschaften*’.

Daarnaast kent de SE-Richtlijn het begrip ‘dochteronderneming’. Het gaat om een onderneming waarop door de moederonderneming een overheersende invloed kan worden uitgeoefend. Voor de vraag wanneer sprake is van een overheersende invloed zijn de leden 2 t/m 7 van art. 3 EOR-Richtlijn bepalend. Deze leden formuleren een aantal rechtsvermoedens in de sfeer van benoemingsrechten, stemrechten en kapitaalverschaffing.⁶¹ Of hiervan sprake is, wordt beoordeeld aan de

⁶⁰ Schutte-Veenstra (2010), p. 420. Zie ook Schoonbrood & Bosveld (2006), p. 22.

⁶¹ Zie art. 3 lid 6 EOR-Richtlijn. Indien één vennootschap beschikt over de meerderheid van de stemmen en een andere vennootschap over de meerderheid van de benoemingsrechten, dan bepaalt art. 3 lid 7 EOR-Richtlijn dat laatstbedoelde vennootschap wordt vermoed voor de toepassing van de EOR-Richtlijn moedermaatschappij te zijn. De EOR-Richtlijn bepaalt niet welk criterium voorgaat indien de ene vennootschap beschikt over de meerderheid van de aandelen en de andere vennootschap over de meerderheid van de stemrechten. Zie hierover meer uitgebreid Honée (1994), p. 259.

hand van het recht van de lidstaat van de vennootschap waarvoor men moet vaststellen of zij een overheersende invloed kan uitoefenen. De SE-Richtlijn gaat uit van het begrip dochteronderneming en niet van dochtervennootschap. In de EOR-Richtlijn heeft het begrip onderneming betrekking op de rechtspersoon die een activiteit in stand houdt (zie hoofdstuk 2.5.3). Ik meen dat een zelfde uitleg geldt voor de SE-Richtlijn en daarmee de Tiende Richtlijn. Niet alleen vennootschappen, maar ook verenigingen en stichtingen zijn te kwalificeren als dochteronderneming.

Elke dochteronderneming van een deelnemende vennootschap is – als de uit de fusie ontstane vennootschap daarover volgens het fusieplan zeggenschap verkrijgt – betrokken. Dit geldt ook indien de dochteronderneming buiten de Europese Unie is gevestigd. Uiteraard spelen slechts de binnen de Europese Unie gevestigde betrokken dochterondernemingen een rol bij de grensoverschrijdende fusie. Mijns inziens vallen ook kleindochters onder het begrip voor zover de moederonderneming hierop een overheersende invloed heeft.⁶²

De SE-Richtlijn noch de Tiende Richtlijn definieert het begrip ‘vestiging van een deelnemende vennootschap’. Richtlijn 2002/14/EG ken wel een definitie. Art. 2 (b) verstaat onder vestiging *‘een bedrijfseenheid in de zin van de nationale wetgeving en praktijk die gevestigd is op het grondgebied van een lidstaat en waar op duurzame basis een economische activiteit wordt uitgeoefend met menselijke en materiële hulpbronnen’*. In het Unierecht onderscheidt een vestiging zich van een dochteronderneming door het ontbreken van rechtspersoonlijkheid.⁶³ De dochteronderneming is de vennootschappelijke jas, terwijl de vestiging de uit te oefenen activiteit betreft. Dit geldt ook voor de Tiende Richtlijn. Het begrip in de Tiende Richtlijn doelt overigens slechts op vestigingen die ten opzichte van de deelnemende vennootschap in het buitenland zijn gelegen. Dit leid ik af uit het feit dat art. 16 Tiende Richtlijn zich richt op het behoud van medezeggenschap. Werknemers werkzaam bij vestigingen die zijn gelegen in dezelfde lidstaat als de deelnemende vennootschap vallen onder de nationale medezeggenschapsregels van dat land. Indien deze nationale vestigingen onder het begrip ‘vestiging’ zouden vallen, zou dat ertoe leiden dat deze werknemers niet meetellen voor de omvang van de deelnemende vennootschap. Dat is – gezien de context van de Tiende Richtlijn – uiteraard niet bedoeld. Dit ligt anders voor buitenlandse vestigingen. Nu de medezeggenschap in de deelnemende vennootschap zich doorgaans beperkt tot de landsgrenzen vallen de werknemers werkzaam in buitenlandse vestigingen buiten het toepassingsbereik daarvan. Het is bovendien logisch dat werknemers van buitenlandse vestigingen voor bijvoorbeeld de samenstelling van de BOG worden toegeschreven aan het land waar zij werkzaam zijn en dat er geen ‘natrekking’ plaatsvindt naar de lidstaat (waar wellicht andere normen en waarden gelden ten aanzien van medezeggenschap) waar de deelnemende vennootschap is gevestigd.

⁶² In gelijke zin Grobys (2005), p. 85.

⁶³ Group of experts SE van 27 juni 2003, ‘Working paper nr. 8’, p. 42-43.

Tot slot kan het begrip ‘vestiging’ toegevoegde waarde hebben in de situatie dat een moeder vennootschap haar dochter grensoverschrijdend laat fuseren. De moeder is een deelnemende vennootschap noch een (betrokken) dochteronderneming. Hoewel in het algemeen wordt aangenomen dat rechtspersonen niet onder het vestigingsbegrip vallen, heeft het Hof van Justitie in zijn arrest van 9 december 1989 een moedermaatschappij die de kenmerken had van een verlengstuk van de dochtervennootschap onder dit begrip geschaard.⁶⁴ Ik sluit niet uit dat het Hof van Justitie een zelfde extensieve uitleg hanteert voor het vestigingsbegrip in de Tiende Richtlijn.

3.4.2 Het werknemersbegrip: *communautaire of nationaal?*

Binnen de Tiende Richtlijn neemt het werknemersbegrip een belangrijke plaats in. Met betrekking tot de SE-Richtlijn menen Witteveen en Steinberg dat de invulling is overgelaten aan de lidstaten. De beoordeling of een persoon zich als een werknemer kwalificeert, geschiedt volgens deze auteurs op basis van het op de overeenkomst toepasselijke recht.⁶⁵ In deze uitleg verschilt het werknemersbegrip per rechtstelsel. Wie in Nederland werknemer is, kan in een andere lidstaat een zelfstandige zijn.

Bij deze benadering zijn vraagtekens te plaatsen. Het Hof van Justitie heeft meermalen geoordeeld dat wanneer het Unierecht niet rechtstreeks verwijst naar het nationale recht, de begrippen autonoom en uniform moeten worden uitgelegd.⁶⁶ In afwijking van andere Europese richtlijnen waarin het werknemersbegrip voorkomt,⁶⁷ verwijst de Tiende Richtlijn noch de SE-Richtlijn voor de uitleg naar het nationale recht. Evenmin wordt de suggestie gewekt dat het nationale recht voor de uitleg bepalend is. Bovendien hebben veel bepalingen een transnationaal karakter bij de toepassing waarvan werknemers uit verschillende lidstaten bepalend zijn. Dit

⁶⁴ HvJ EG 9 december 1987, nr. C-218/86, *NJ* 1989/750 m.nt. JCS (*Schotte/Parfums Rothschild*).

⁶⁵ Witteveen (2004), p. 172 gaat hier zonder nader motivering vanuit. Hoewel Steinberg (2005), p. 137-139 bij deze uitleg vraagtekens plaatst, komt ook hij vrij eenvoudig tot de conclusie dat het werknemersbegrip nationaal wordt ingevuld.

⁶⁶ Zie bijvoorbeeld HvJ EG 18 januari 1984, nr. C-327/82 (*Ekro*), HvJ EG 19 september 2000, nr. C-287/98 (*Linister*) en HvJ EU 3 december 2009, nr. C-466/07, *JAR* 2009/92, *RAR* 2009/61 (*Klarenberg/Ferrotron Technologies*). Voor een nadere uiteenzetting van het Europese werknemersbegrip wordt verwezen naar Van Peijpe (2011).

⁶⁷ Dit geldt voor de in hoofdstuk twee besproken Richtlijn 2002/14/EG van het Europees Parlement en de Raad van 1 maart 2002 tot vaststelling van een algemeen kader betreffende de informatie en de raadpleging van de werknemers in de EG (*PbEG* 2002, L 80/29). Dit is ook het geval in Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen (*PbEG* 2001, L 294/22) en Richtlijn 96/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemer met het oog op het verrichten van diensten (*PbEG* 1996, L 18/1).

geldt voor de procentuele verdeling van de BOG, maar ook de uitwerking van het medezeggenschapssysteem op basis van de wettelijke referentievoorschriften is een goed voorbeeld. In dat licht had een Europees werknemersbegrip niet misstaan. Desondanks meen ook ik dat het werknemersbegrip nationaal moet worden uitgelegd. Doorslaggevend acht ik dat het Hof van Justitie bij de uitleg van universele begrippen niet alleen rekening houdt met de bewoordingen van de bepaling, maar ook met de context en de doelstelling van de regeling waarvan een bepaling onderdeel uitmaakt.⁶⁸ Het werknemersbegrip in de Tiende Richtlijn is nauw verbonden met het behoud van bestaande medezeggenschap. Met het ‘voor en na-beginsel’ acht ik in strijd dat personen die conform de nationale medezeggenschapswetgeving van het land waar ze werken als werknemer worden beschouwd, eventueel niet de bescherming van art. 16 Tiende Richtlijn genieten vanwege een autonome Europese kwalificatie van het werknemersbegrip.

Een ander aspect betreft de vraag met betrekking tot welke vennootschap een persoon zich als werknemer kwalificeert. Bij de toepassing van verschillende bepalingen uit de Tiende Richtlijn is het aantal werknemers van een betreffende vennootschap relevant.⁶⁹ Weinig problemen doen zich voor indien de arbeidskracht met de deelnemende vennootschap een arbeidsovereenkomst heeft en in de onderneming van die betreffende vennootschap arbeid verricht. Dan heeft de arbeidskracht als werknemer te gelden. Gecomplioneerder ligt het bij ter beschikking gestelde arbeidskrachten, zoals gedetacheerden en uitzendkrachten. Kenmerkend is de driehoeksrelatie tussen de uitlener (opdrachtnemer), de inlener (opdrachtgever) en de arbeidskracht.

Tussen de uitlenende vennootschap en de arbeidskracht bestaat in de regel een arbeidsovereenkomst, zodat het in de rede ligt dat de arbeidskracht zich ten opzichte van de uitlener als werknemer kwalificeert. Of deze persoon ook relevant is ten opzichte van de vennootschap in wier onderneming hij is tewerkgesteld, valt niet eenduidig uit de Tiende Richtlijn op te maken. Zo spreekt de tekst van de Nederlandse versie in art. 16 lid 1 (eerste alinea) over ‘*indien (...) de fuserende vennootschap (...) meer dan 500 werknemers heeft.*’ De Engelse versie sluit hierbij aan. De Duitse versie heeft het over ‘*beschäftigt*’ hetgeen in het Duitse nationale medezeggenschapsrecht inhoudt dat langdurig geschorste of met verlof zijnde werknemers niet meetellen.⁷⁰ In art. 3 spreekt de SE-Richtlijn over het aantal werknemers dat bij de vennootschap ‘*in dienst is*’. De Engelse en Duitse versies

68 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 3 december 2009, nr. C-466/07, *JAR* 2009/92 (*Klarenberg/Ferrotron Technologies*); HvJ EG 6 juli 2006, C-53/05 (*Commissie/Portugal*); HvJ EG 18 mei 2000, C-301/98 (*KVS International*).

69 Dit geldt onder meer voor art. 16 lid 2 Tiende Richtlijn, art. 3 lid 2 (i), lid 4, lid 6 en art. 7 SE-Richtlijn.

70 Oetker (2008), p. 68 (§ 1, Rn. 15); Ulmer (1991), p. 864-866. In de overige Duitse literatuur met betrekking tot het Duitse nationale medezeggenschapsrecht wordt aan het begrip geen afzonderlijke aandacht besteed.

sluiten hierbij aan. De formulering ‘heeft’ in art. 16 Tiende Richtlijn duidt erop dat geen contractuele band is vereist, terwijl de formulering ‘in dienst is’ in art. 3 SE-Richtlijn wel in die richting wijst. Er is geen indicatie dat de Europese wetgever in de bepalingen bewust een andere formulering heeft gebruikt en gedetacheerden de ene keer wel en de andere keer niet relevant heeft geacht. De verschillende wijze van formuleren heeft meer weg van onbedachtzaamheid en/of haastwerk.

In mijn visie is het antwoord gelegen in het doel van art. 16 Tiende Richtlijn. Het artikel beoogt de medezeggenschapsrechten van werknemers bij een grensoverschrijdende fusie te beschermen. Met betrekking tot Richtlijn 2001/23/EG inzake de overgang van ondernemingen overwoog het Hof van Justitie in het arrest *Albron* uit 2010 dat bij permanente detachering binnen concernverband ook de materieel werkgever – met wie dus geen contractuele band bestond – jegens de arbeidskracht als werkgever moest worden beschouwd.⁷¹ A-G Bot achtte beslissend dat in een dergelijke situatie de onderscheidende kenmerken met de ‘gewone’ werknemers ontbreken en de ter beschikking gestelde een verhouding met de onderneming heeft waar hij is tewerkgesteld die grotendeels vergelijkbaar is met die welke zou bestaan indien hij rechtstreeks zou zijn aangesteld. De A-G sloot niet uit dat hieraan ook is voldaan bij niet-permanente vormen van detachering.⁷² De overwegingen kunnen niet zomaar analoog op de Tiende Richtlijn worden toegepast, daarvoor verschillen beide richtlijnen te veel.⁷³ Het arrest maakt wel duidelijk dat het Hof van Justitie bereid is door bepaalde detacheringsconstructies heen te prikken indien de bescherming die een richtlijn biedt in het gedrang komt. Het is mijn verwachting dat het Hof van Justitie ook binnen de context van de Tiende Richtlijn gedetacheerde werknemers zal toerekenen aan de vennootschap waarbij zij (permanent) zijn tewerkgesteld. Dit geldt te meer nu dergelijke arbeidskrachten in bepaalde lidstaten – zoals Nederland als Duitsland – na een bepaalde periode recht krijgen op medezeggenschap.

3.4.3 De betrokkenheid van werknemers

Een algemeen beginsel van de Tiende Richtlijn is dat de deelnemende vennootschappen *voorafgaand* aan de fusie moeten voldoen aan de bepalingen en formaliteiten van de op hen toepasselijke nationale wetgeving. Dit volgt uit art. 4 lid 1 (b) Tiende Richtlijn. Deze bepaling is een uitwerking van overweging 3 preambule. Art. 4 lid 2 Tiende Richtlijn maakt duidelijk dat de bepaling in het bijzonder de

71 HvJ EU 21 oktober 2010, nr. C-242/09, *NJ* 2010/576, *JAR* 2010/298 (*Albron Catering BV/FNV Bondgenoten & Roest*). Voor een uitgebreide bespreking van het arrest wordt verwezen naar Beltzer & Haanappel (2011).

72 Conclusie A-G 3 juni 2010, nr. C-242/09, punt 54.

73 In de Tiende Richtlijn gaat het erom te voorkomen dat collectieve vennootschappelijke medezeggenschapsrechten wegvloeien, terwijl Richtlijn 2001/23/EG zich richt op het voorkomen van de uitholling van (individuele) werknemersrechten. Bovendien kent art. 3 Richtlijn 2001/23/EG naast het begrip arbeidsovereenkomst als gelijkwaardig alternatief het begrip arbeidsrelatie.

rechten van werknemers omvat die betrekking hebben op het besluitvormingsproces in verband met de fusie anders dan die inzake de vennootschappelijk medezeggenschap. Gedoeld is op de betrokkenheid c.q. de ondernemingsrechtelijke medezeggenschapsrechten van werknemers. De voorschriften die de betrokkenheid van werknemers reguleren bij nationale fusies zijn bij een grensoverschrijdende fusie aldus van overeenkomstige toepassing. Het maakt niet uit in welke lidstaat de uit de fusie ontstane vennootschap haar statutaire zetel vestigt.

Het recht inzake de betrokkenheid van werknemers op nationaal niveau is in grote lijnen geharmoniseerd door Richtlijn 2002/14/EG betreffende een algemeen kader inzake informatie en raadpleging (Richtlijn 2002/14/EG). Art. 4 verplicht de lidstaten regels op te stellen die werknemers recht geven op '*a) informatie over de recente en de waarschijnlijke ontwikkeling van de activiteiten en de economische situatie van de onderneming of vestiging en b) informatie en raadpleging over de situatie, de structuur en de waarschijnlijke ontwikkeling van de werkgelegenheid binnen de onderneming of vestiging (...)*'. Een besluit tot grensoverschrijdend fuseren zal in beginsel onder sub b vallen. Dit neemt niet weg dat de mate van betrokkenheid per lidstaat verschilt. Het minimumkarakter van Richtlijn 2002/14/EG staat de lidstaten toe in hun nationale wetgeving een hoger beschermingsniveau op te nemen. Dit speelt bijvoorbeeld in Nederland waar de (centrale) ondernemingsraad bij een (grensoverschrijdende) fusie naast informatie en raadpleging doorgaans een adviesrecht met een daaraan gekoppeld beroepsrecht heeft (zie hoofdstuk 7.2.3.2 en 7.2.3.3). Ook Duitsland kent een hoger beschermingsniveau. Bij een wijziging van de onderneming die essentiële nadelen voor (een belangrijke deel van) de werknemers omvat, moet de onderneming met de Duitse ondernemingsraad proberen tot een vergelijk te komen over de uitvoering van de maatregelen en een sociaal plan.⁷⁴ België heeft slechts de minimumvoorschriften van Richtlijn 2002/14/EG geïmplementeerd.

In aanvulling op Richtlijn 2002/14/EG verplicht de Tiende Richtlijn het leidinggevende of het bestuursorgaan van de fuserende vennootschap een verslag op te stellen voor de aandeelhouders waarin de juridische en economische aspecten van de fusie en de gevolgen voor onder meer de werknemers worden toegelicht (art. 7 Tiende Richtlijn). Eerst na kennisneming van dit verslag kan de algemene vergadering het gemeenschappelijke voorstel voor de fusie goedkeuren (art. 9 Tiende Richtlijn). De verplichting geldt per fuserende vennootschap. De te verwachten gevolgen kunnen nu eenmaal per fuserende vennootschap verschillen. Het verslag moet aan de vertegenwoordigers van de werknemers worden overgelegd. Hoewel deze verplichting materieel niets toevoegt aan de verplichtingen uit Richtlijn 2002/14/EG geeft het weer op welke wijze en op welk moment de informatie moet

⁷⁴ Dit volgt uit de §§ 111 en 112 BetrVG. Een fusie kwalificeert zich niet automatisch als een dergelijke wijziging van de onderneming.

worden verstrekt.⁷⁵ Dit moet gebeuren uiterlijk één maand voordat over het gemeenschappelijke voorstel in de algemene vergadering wordt besloten. De Tiende Richtlijn stelt geen sanctie op het verzuim de informatie tijdig aan de ondernemingsraad te verschaffen. Dit is geen gebrek nu Richtlijn 2002/14/EG de lidstaten reeds verplicht tot administratieve of gerechtelijke procedures alsmede doeltreffende en afschrikkende sancties bij overtreding van de verplichtingen.

Het gemeenschappelijke fusievoorstel zelf vermeldt ook de gevolgen voor de werknemers (art. 5 (d) Tiende Richtlijn). De Commissie juridische zaken van het Europees Parlement had voorgesteld tevens het standpunt van de (vertegenwoordigers van de) werknemers in het gemeenschappelijke fusievoorstel op te nemen.⁷⁶ Het Parlement heeft dit voorstel niet overgenomen. Wel heeft het Parlement aan art. 7 Tiende Richtlijn toegevoegd dat wanneer het leidinggevende of het bestuursorgaan met betrekking tot het verslag tijdig een advies van de vertegenwoordigers van de werknemers ontvangt, dit advies aan het verslag moet worden gehecht. De formulering van deze bepaling is onduidelijk. De tekst suggereert dat het advies vóór het verslag moet zijn ingediend. Het lijkt mij voor de (vertegenwoordigers van de) werknemers lastig reeds voor het verslag een advies te geven als ze eerst met het verslag op de hoogte raken van de gevolgen. Het komt mij redelijk voor dat als (de vertegenwoordigers van) de werknemers na het verslag maar voor de vergadering hun advies afgeven dit advies alsnog aan de algemene vergadering ter beschikking wordt gesteld.

3.4.4 De medezeggenschap van werknemers

De Tiende Richtlijn kent geen definitie van het begrip medezeggenschap. In het algemeen wordt aangenomen dat de definitie van art. 2 (k) SE-Richtlijn van overeenkomstige toepassing is.⁷⁷ Deze bepaling verstaat onder medezeggenschap:

- ‘de invloed van het orgaan dat de werknemers vertegenwoordigt en/of van de werknemersvertegenwoordigers op de gang zaken bij een vennootschap*
- via het recht om een aantal leden van het toezichthoudend of het bestuursorgaan van de vennootschap te kiezen of te benoemen of*
 - via het recht om met betrekking tot een aantal of alle leden aanbevelingen te doen of bezwaar te maken.’*

⁷⁵ Richtlijn 2002/14/EG bepaalt slechts dat de werknemers de informatie adequaat moeten kunnen bestuderen en zo nodig de raadpleging moeten kunnen voorbereiden. Wat in een concrete situatie tijdig is, blijft voor discussie vatbaar.

⁷⁶ Verslag van de Commissie juridische zaken over het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen, A-6-0089/2005, p. 18.

⁷⁷ Deze benadering hanteert zowel de Nederlandse als de Duitse literatuur. Zie voor Nederland Roest (2007), p. 709 en voor Duitsland Nagel (2007), p. 57.

Voor een goed begrip is van belang dat de SE-Verordening uitgaat van een toezichthoudend en een leidinggevend orgaan (dualistische bestuursstructuur) of van een bestuursorgaan met uitvoerende en eventueel niet-uitvoerende leden (monistische bestuursstructuur). De definitie van art. 2 (k) SE-Richtlijn sluit hierbij aan. Dit betekent dat de medezeggenschap in een dualistische bestuursstructuur plaatsvindt bij de benoeming van de leden van het toezichthoudende orgaan en in een monistische bestuursstructuur bij de benoeming van de leden van het bestuursorgaan.⁷⁸ In aanvulling hierop schaaft de Tiende Richtlijn onder medezeggenschap de invloed op de samenstelling van het leidinggevende orgaan dat verantwoordelijk is voor de winstbepalende entiteiten van de vennootschap.⁷⁹ Deze uitbreiding is op Fins voorstel opgenomen.⁸⁰ De Engelstalig versie van de Tiende Richtlijn maakt duidelijk dat niet is vereist dat de leidinggevende directie een orgaan van de vennootschap is. Gesproken wordt over *management groups* en niet over *management organs*.⁸¹ In die zin is de verwijzing naar het leidinggevende orgaan in de Nederlandse versie van de Tiende Richtlijn niet zuiver.

De uitbreiding heeft het oog op een monistische bestuursstructuur. Onder Fins recht kan de medezeggenschap namelijk betrekking hebben op zogenoemde *management groups* die in een monistische bestuursstructuur naast het bestuursorgaan functioneren. Ook deze invloed wensten de Finnen onder het Europese begrip van medezeggenschap te brengen. In een bredere context maakt de uitbreiding duidelijk dat relevantie toekomt aan de bijzonderheden van het nationale medezeggenschapsrecht en dat art. 16 Tiende Richtlijn niet kan worden omzeild door de medezeggenschap in andere comités of organen dan het toezichthoudende of bestuursorgaan onder te brengen.⁸² De uitbreiding heeft daarom eveneens gevolgen voor de omvang van het medezeggenschapsbegrip in een dualistische bestuursstructuur. De dualistische structuur onderscheidt zich van de monistische structuur doordat bestuur en toezicht in afzonderlijke organen zijn neergelegd. De medezeggenschap kan evenwel – net als in een monistische structuur – betrekking hebben op de leden die zich met de effectieve leiding van de vennootschap bezig houden. In een dualistische structuur is de effectieve leiding neergelegd in het bestuursorgaan of zoals de SE-Verordening het duidt: het leidinggevende orgaan.

De definitie van art. 2 (k) SE-Richtlijn noemt vier medezeggenschapsvormen: het recht tot kiezen, het recht tot benoemen, het doen van een aanbeveling en het maken

78 Dit volgt uit art. 38 SE-Verordening. Het is aannemelijk dat deze kwalificatie van bestuursstructuren eveneens van toepassing is op nationale vennootschappen in de zin van de Tiende Richtlijn met als gevolg dat onder het bestuursorgaan in een dualistische structuur het leidinggevende orgaan moet worden verstaan.

79 Zie overweging 14 preambule Tiende Richtlijn.

80 Raadsdocument 10934/04, 30 juni 2004 (12.07), p. 8.

81 De aanduiding '*management organs*' is terug te vinden in de SE-Verordening en duidt op het bestuursorgaan in een dualistische bestuursstructuur.

82 Raadsdocument 10934/04, 30 juni 2004 (12.07), p. 8.

van bezwaar. Deze varianten houden rekening met het feit dat binnen Europa grote verschillen bestaan in de wijze waarop de vennootschappelijke medezeggenschap is vormgegeven. De definitie maakt niet duidelijk of is vereist dat de uitkomst van het medezeggenschapsrecht juridisch afdwingbaar moet zijn. Denk bijvoorbeeld aan het Nederlandse algemene aanbevelingsrecht uit de structuurregeling. De Nederlandse (centrale) ondernemingsraad heeft het recht personen aan te bevelen voor de functie van commissaris dan wel niet-uitvoerend bestuurder. Een benoeming zonder dat de (centrale) ondernemingsraad tot het doen van een aanbeveling in de gelegenheid is gesteld, is vernietigbaar. Aan de andere kant biedt de uitoefening van het aanbevelingsrecht geen garantie dat de aanbevolen persoon daadwerkelijk wordt benoemd. Sterker nog, de raad van commissarissen dan wel het uitvoerende bestuur kan de aanbeveling zonder nadere motivering terzijde stellen bij de voordracht van kandidaten aan de algemene vergadering (tenzij het versterkte aanbevelingsrecht geldt). Anders gezegd: het aanbevelingsrecht is afdwingbaar, maar de uitkomst daarvan (de aanbeveling) niet. De vraag rijst of het Europese medezeggenschapsbegrip ook dergelijke rechten omvat.

Roest is stellig in haar standpunt dat een (in haar woorden: krachteloos) recht zoals het Nederlandse algemene aanbevelingsrecht niet onder de Europese medezeggenschapsdefinitie valt.⁸³ Zij verwijst naar Europese rapporten waarin het algemene aanbevelingsrecht niet wordt genoemd als zijnde Europese medezeggenschap. Dit argument acht ik weinig overtuigend. De rapporten waarnaar Roest verwijst zijn opgesteld door Kluge & Stollt en geven niet meer dan de visie van deze opstellers weer.⁸⁴ Voorts blijkt niet dat Kluge & Stollt zich de vraag hebben gesteld of het algemene aanbevelingsrecht – naast het versterkte aanbevelingsrecht – relevant kan zijn. Hoe zit het dan wel? Naar mijn mening zijn voor zowel een strikte als een ruime uitleg van het Europese medezeggenschapsbegrip goede argumenten aan te voeren. Eerder heb ik verdedigd dat de Europese wetgever het oog heeft gehad op medezeggenschapsrechten waarvan de uitkomst juridisch afdwingbaar is.⁸⁵ De reden is dat art. 2 (k) SE-Richtlijn het heeft over ‘*de invloed van het orgaan (...) op de gang van zaken bij de vennootschap via (...)*’. Betoogd kan worden dat invloed het vermogen impliceert effect op de besluitvorming uit te oefenen en in die zin ‘tanden’ vereist. Ook de constatering dat de Europese wetgever bij het aanbevelings- en bezwaarrecht in de medezeggenschapsdefinitie van art. 2 (k) SE-Richtlijn hoogstwaarschijnlijk de Nederlandse systematiek van vóór 2004 voor ogen had, wijst in die richting. Het Nederlandse aanbevelingsrecht was toentertijd nog gekoppeld aan een bezwaarrecht. Wenste de raad van commissarissen de benoeming tegen het bezwaar van de (centrale) ondernemingsraad door te

83 Roest (2007), p. 711. Enzo Van Boxel (2011), p. 336-336, die zich (zonder nadere motivering) aansluit bij de visie van Roest.

84 N. Kluge & M. Stollt, ‘The European Company – Prospects for worker board-level participation in the enlarged EU’, Brussel: SDA en Etui-REHS 2006, p. 85.

85 Laagland (2010), p. 62-63.

zetten, dan moest hij zich wenden tot de OK met het verzoek het bezwaar ongegrond te verklaren.

Hoewel ik nog steeds achter deze argumenten sta, valt te betwijfelen of het Hof van Justitie van een dergelijke strikte uitleg zal uitgaan. Dat baseer ik op het feit dat de tekst van art. 2 (k) SE-Richtlijn aan het Hof van Justitie veel interpretatieruimte laat en nergens expliciet vermeldt dat het moet gaan om een aanbevelingsrecht waarbij het tot benoeming bevoegde orgaan is gehouden de aanbevolen persoon te benoemen. Binnen het Europese recht houdt het hebben van invloed nergens in dat werknemers enige beslissingsmacht in handen krijgen. Denk ook aan de rechten en bevoegdheden die de EOR-Richtlijn aan de werknemers(vertegenwoordigers) toekent (zie hoofdstuk 2.5.3). Een ruime uitleg ligt bovendien voor de hand gezien de diversiteit aan nationale medezeggenschapsregelingen en het feit dat art. 16 Tiende Richtlijn slechts een coördinerende functie vervult en de bestaande nationale medezeggenschapsstelsel in stand laat.

Een argument van geheel andere aard herleid ik uit de vier medezeggenschapsvormen die art. 2 (k) SE-Richtlijn noemt. Het onderscheid tussen een recht tot benoeming, het doen van een aanbeveling en het maken van bezwaar is duidelijk. Het recht tot kiezen is lastiger een eigen plek te geven. Het feit dat het keuzerecht naast het benoemingsrecht is opgenomen, doet – in lijn met het Zweedse medezeggenschapsrecht – vermoeden dat is bedoeld dat de werknemers(vertegenwoordigers) een persoon dwingend kunnen aanwijzen (kiezen) maar dat de uiteindelijke benoeming door een ander orgaan geschiedt. Indien men aanneemt dat de uitkomst van het aanbevelingsrecht juridisch afdwingbaar moet zijn, verschilt het recht tot kiezen niet van het recht tot het doen van een aanbeveling. Dit wekt de indruk dat het recht tot aanbeveling – in tegenstelling tot het recht tot kiezen – niet per definitie tot de benoeming van de aanbevolen persoon leidt en de uitkomst van het aanbevelingsrecht dus niet juridisch afdwingbaar hoeft te zijn.

Het vervolg van dit onderzoek gaat er vanuit dat het Europese medezeggenschapsbegrip niet vereist dat de uitkomst van het aanbevelings- dan wel bezwaarrecht juridisch afdwingbaar moet zijn.

3.5 Hoofdregeel en uitzonderingen van art. 16 Tiende Richtlijn

3.5.1 De hoofdregeel en zijn mankementen

De hoofdregeel is neergelegd in art. 16 lid 1 Tiende Richtlijn. Ingevolge deze conflictregel is de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap onderworpen aan het medezeggenschapsregime (voor zover aanwezig) dat geldt in de jurisdictie van de lidstaat waar de statutaire zetel is gevestigd.

Art. 16 Tiende Richtlijn beoogt een zekere waarborg te verschaffen voor het behoud van bestaande medezeggenschapsrechten, zonder pretentie tot het exporteren daarvan. De systematiek is geïnspireerd en gebaseerd op de SE-Richtlijn

waaraan het zogenoemde ‘voor en na-beginsel’ ten grondslag ligt. Overweging 13 preambule SE-Richtlijn omschrijft het ‘voor en na-beginsel’ als volgt: *‘indien werknemers onder de in deze richtlijn bedoelde omstandigheden medezeggenschapsrechten hebben in een van de fuserende vennootschappen, en indien de nationale wetgeving van de lidstaat waar de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap haar statutaire zetel heeft, niet voorziet in hetzelfde niveau van medezeggenschap als in de betrokken fuserende vennootschappen bestaat (...) of niet voorziet in hetzelfde recht tot uitoefening van medezeggenschapsrechten voor werknemers van uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vestigingen, dan dient de medezeggenschap van werknemers in de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap te worden geregeld’*. Dit beginsel is nader uitgewerkt in art. 16 lid 2 Tiende Richtlijn.⁸⁶ Deze bepaling noemt drie bijzondere gevallen (hierna uitzonderingen) waarin de hoofdregel niet van toepassing is. Indien één van de uitzonderingssituaties opgaat, ontstaat – kort gezegd – de verplichting tot onderhandelen en wordt de medezeggenschap geregeerd door de dwingendrechtelijke referentievoorschriften als partijen er niet uitkomen.

Hoe ligt de kwestie als een SE als fusiepartner optreedt? Ook een SE kan op basis van de Tiende Richtlijn grensoverschrijdend fuseren (zie hierna paragraaf 3.13). Door haar transnationale structuur is een SE echter niet aan eventuele nationale medezeggenschapsbepalingen van een lidstaat onderworpen (art. 13 lid 2 SE-Richtlijn). Een soortgelijke medezeggenschapsregeling kan wel door overeenkomst of referentievoorschriften gelden, maar ook in dat geval kent de SE een eigen medezeggenschapsstructuur die in de statuten is neergelegd en los van het nationale recht bestaat.⁸⁷ Dit betekent mijns inziens niet dat bij een SE als verkrijgende fusiepartner nooit de hoofdregel kan gelden. Indien geen van de hierna te bespreken uitzonderingssituaties van art. 16 lid 2 opgaan, is er geen sprake van een uitholling van medezeggenschap. Een andere uitleg brengt de SE in een negatieve concurrentiepositie ten opzichte van de NV. Dat is op grond van art. 15 SE-Verordening niet toegestaan. Treedt de hoofdregel in werking, dan blijft de SE na de fusie onderworpen aan het medezeggenschapsregime dat in een voorkomend geval reeds op deze vennootschap van toepassing was. Uiteraard moet wel over de medezeggenschap worden onderhandeld als de SE met een buitenlandse kapitaalvennootschap een nieuwe SE opricht. In dat geval wordt de grensoverschrijdende fusie niet door de Tiende Richtlijn, maar door de SE-Verordening beheerst en zijn onderhandelingen altijd genoodzaakt.⁸⁸

⁸⁶ In het voorstel voor een Tiende Richtlijn geeft de Commissie aan dat bij de medezeggenschapsregeling rekening is gehouden met de beginselen en oplossingen van de SE-Verordening en de SE-Richtlijn, zie COM (2003) 0703, p. 3. Voorts volgt uit Raadsdocument 10934/04, 30 juni 2004 (12.07) dat het vrijwaren van verworven medezeggenschapsrechten aan de tekst van art. 14 (thans art. 16) Tiende Richtlijn ten grondslag ligt. Zie hierover ook Kisker (2006), p. 209.

⁸⁷ Anders De Kluiver (2004), p. 33.

⁸⁸ Anders Zaman, Van Eck & Roelofs (2009), p. 180.

3.5.2 De uitzonderingen: twee of drie?

In een aantal situaties treedt het alternatieve regime in werking. Art. 16 (2) is als volgt geredigeerd:

‘(...) indien ten minste één van de fuserende vennootschappen in de zes maanden voorafgaand aan de bekendmaking van het voorstel voor een grensoverschrijdende fusie als bedoeld in art. 6 gemiddeld meer dan 500 werknemers heeft en werkt met een stelsel van werknemersmedezeggenschap in de zin van art. 2, onder k), van de Richtlijn 2001/86/EG, of indien de nationale wetgeving van toepassing op de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap, niet

- a) voorziet in ten minste hetzelfde niveau van werknemersmedezeggenschap dat van toepassing is in de betrokken fuserende vennootschappen, gemeten naar het werknemersaantal in het toezichthoudend of het bestuursorgaan, in de commissies van die organen of in het leidinggevende orgaan dat verantwoordelijk is voor de winstbepalende entiteiten van de vennootschap, of*
- b) voorschrijft dat werknemers van in andere lidstaten gelegen vestigingen van de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap hetzelfde recht tot uitoefening van medezeggenschapsrechten hebben als de werknemers in de lidstaat waar de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap haar statutaire zetel heeft.”*

De tekst komt overeen met de door de Raad voorgestelde compromistekst uit 2004.⁸⁹ In de Nederlandse literatuur wordt in het algemeen uitgegaan van drie uitzonderingen.⁹⁰ Voornaamste argument is dat in art. 16 lid 2 tussen de genoemde situaties het woordje ‘of’ is opgenomen. Dit duidt op drie afzonderlijke uitzonderingen. Overweging 13 van de preambule gaat daarentegen uit van twee uitzonderingen. Hieruit valt evenwel weinig af te leiden. De formulering van overweging 13 preambule Tiende Richtlijn is gelijk aan de eerdere opzet van art. 16 lid 2 (toen art. 14 lid 2)⁹¹ waarin de ondergrens van 500 werknemers nog niet voorkwam. Ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat overweging 13 na de inhoudelijke wijziging van art. 16 lid 2 per abuis niet conform is aangepast.

Een systematische interpretatie (de opmaak van de bepaling) wijst in de richting van twee uitzonderingen. Ook in de Duitse literatuur wordt hierop gewezen.⁹² Bij

⁸⁹ Raad van de Europese Unie, 2624^e zitting van de Raad Concurrentievermogen (Interne markt, Industrie en Onderzoek) op 25 en 26 november 2004, C/04/323, 14687/04 (presse 323), p. 18.

⁹⁰ Pannier (2005)p. 1437; Roest (2007), p. 710-711; Witteveen (2009), p. 127; Zaman, Van Eck & Roelofs (2009), p. 207. Anders Schoonbrood & Bosveld (2006), p. 24.

⁹¹ Zie de versie van de Tiende Richtlijn zoals opgenomen in het addendum bij de nota van het voorzitterschap van de Raad van de Europese Unie d.d. 29 oktober 2004 (09.11), 14060/04. De ondergrens van 500 werknemers duikt voor het eerst op in de tekst van het toenmalige art. 14 lid 2 in het addendum bij de nota van het voorzitterschap van de Raad van de Europese Unie 22 november 2004 (23.11), 14976/04.

⁹² Schubert (2007), p. 11-12; Kisker (2006), p. 211.

drie uitzonderingen had het voor de hand gelegen deze te nummeren als a, b en c. Doordat slechts de uitzonderingen a en b zijn genummerd, lijkt het om twee uitzonderingen te gaan die kunnen opgaan indien één van de deelnemende vennootschappen meer dan 500 werknemers heeft en is onderworpen aan een medezeggenschapsregime. Daar komt bij dat het vereiste van meer dan 500 werknemers als zelfstandige uitzonderingsgrond geen directe meerwaarde heeft ten opzichte van de andere twee uitzonderingsgronden.⁹³ Als één van de fusierende vennootschappen 500 werknemers heeft en medezeggenschap kent, is de eerste uitzondering van toepassing. Wanneer de ontstane vennootschap niet voorziet in ten minste hetzelfde niveau van medezeggenschap en de medezeggenschap dus wordt bedreigd, treedt ook de tweede uitzondering in werking. Voorziet de ontstane vennootschap in hetzelfde of een hoger niveau, dan wordt de medezeggenschap niet bedreigd. Op grond van de eerste uitzondering moet desondanks worden onderhandeld, ondanks het feit dat het nationale recht hetzelfde dan wel een hogere mate van medezeggenschap voorschrijft dan voorheen bestond in de deelnemende vennootschappen. Betoogd kan worden dat de eerste uitzondering het doel van art. 16 Tiende Richtlijn – bescherming van bestaande medezeggenschap – voorbij schiet en overbodig is als afzonderlijke uitzondering.⁹⁴ Daar kan tegenin worden gebracht dat de Europese wetgever (althans de Raad) het bij grote vennootschappen die zijn onderworpen aan medezeggenschap wellicht in het belang van de werknemers heeft geacht dat altijd over de medezeggenschap zou worden onderhandeld.

Het Parlement lijkt er vanuit te zijn gegaan dat de eis van meer dan 500 werknemers geen uitzondering, maar een algemeen drempelvereiste is. In eerste lezing heeft het Parlement het door de Raad gedane compromisvoorstel uit november 2004 overgenomen.⁹⁵ Het verslag van de Commissie juridische zaken van 25 april 2005 verwoordt het standpunt van de Raad als volgt: *‘In principe geldt voor de door een grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap de regeling voor medezeggenschap van het land van vestiging van de nieuwe vennootschap. In afwijking van het voorstel van de Commissie geldt dit beginsel niet als het recht dat voor de nieuwe vennootschap geldt, niet tenminste voorziet in hetzelfde niveau van medezeggenschap als bij de deelnemende vennootschappen bestond, of indien de op de nieuwe vennootschap van toepassing zijnde wetgeving de werknemers in de bedrijven van de nieuwe vennootschap die zich in andere lidstaten bevinden, niet voorziet in dezelfde aanspraak op uitoefening van medezeggenschapsrechten als bestaat voor de werknemers in het land van vestiging van de vennootschap. In dergelijke gevallen is de medezeggenschap van werknemers in de nieuw opgerichte vennootschap onderwerp van onderhandelingen naar het voorbeeld van het Statuut*

93 Vgl. Wooldridge (2007), p. 118-119; Pannier (2005), p. 1437.

94 Vgl. Kleinhenz (2008), p. 325.

95 Nota van het secretariaat-generaal van de Raad van de Europese Unie 26 november 2004 (16.01), 15315/04.

van de Europese Vennootschap en de richtlijn betreffende de Europese Vennootschap, indien in één van de aan de fusie deelnemende vennootschappen gemiddeld meer dan 500 werknemers in dienst waren en indien bij deze vennootschap een stelsel van medezeggenschap van werknemers bestond⁹⁶ (onderstreping: FL).

De woorden ‘in dergelijke gevallen’ maken duidelijk dat het Parlement het vereiste van meer dan 500 werknemers als drempelvoorwaarde en niet als afzonderlijke uitzondering beschouwde. Dit standpunt vindt bevestiging in de toelichting van de rapporteur van het Parlement in het hiervoor genoemde verslag waar hij aangeeft: *‘Voorts is het een speciale wens van de rapporteur dat kleine en middelgrote ondernemingen die minder dan 500 werknemers in dienst hebben, door het opnemen van een grenswaarde worden uitgezonderd van de toepassing van de basisregeling voor de medezeggenschap. De rapporteur is vooral verheugd dat in het door de Raad bereikte akkoord een dergelijke grenswaarde is opgenomen’*.⁹⁷

Op grond van het bovenstaande is discutabel of het 500-criterium is bedoeld als algemene drempelvoorwaarde of als afzonderlijke uitzondering. Zowel de Nederlandse, Duitse als Belgische implementatiewet gaan uit van een afzonderlijke eerste uitzondering. Ik sluit me hierbij aan. Hoewel er argumenten zijn om te stellen dat de eis van >500 werknemers als drempelvoorwaarde is bedoeld, acht ik de kans gering dat het Hof van Justitie in die lijn zal oordelen. Doorslaggevend acht ik de volgende twee argumenten. Allereerst laat het woordje ‘of’ in de tekst van de bepaling niets aan duidelijkheid te wensen over. Ten tweede is de Tiende Richtlijn voornamelijk bedoeld voor het midden- en kleinbedrijf en is het in dat licht niet logisch dat deze doelgroep buiten het toepassingsbereik van de uitzonderingen zou zijn gebracht.

3.5.3 Uitzondering 1: grote ondernemingen

De eerste uitzondering behelst de situatie dat één van de fuserende vennootschappen gemiddeld meer dan 500 werknemers heeft in de zes maanden voorafgaand aan de bekendmaking van het voorstel voor een grensoverschrijdende fusie (in Nederland in het Staatsblad) én werkt met een stelsel van medezeggenschap als bedoeld in art. 2 (k) SE-Richtlijn. Voldoende is dat één van de fuserende vennootschappen voldoet aan beide vereisten.

De uitzondering heeft betrekking op grote vennootschappen met meer dan 500 werknemers. Door uit te gaan van een gemiddelde over zes maanden voorafgaand aan de bekendmaking van het voorstel wordt handig geschuif met werknemers kort voor de grensoverschrijdende fusie voorkomen. De Nederlandse tekst spreekt van het aantal werknemers bij de ‘fuserende vennootschappen’. Dit komt overeen met

⁹⁶ Verslag over het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen van 25 april 2005, A6-0089/2005, p. 37.

⁹⁷ Verslag over het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen van 25 april 2005, A6-0089/2005, p.38.

de Engelse versie waarin wordt gesproken van ‘*merging companies*’. Dit begrip wijkt af van het begrippenarsenaal van de SE-Richtlijn.⁹⁸ De Duitse versie van de richtlijn sluit wel aan bij het uit de SE-Richtlijn bekende begrip ‘*beteiligten Gesellschaften*’. Ik stelde in paragraaf 3.4.1 dat met de term ‘fuserende vennootschappen’ is bedoeld op de vennootschappen die rechtstreeks deelnemen aan de grensoverschrijdende fusie. Werknemers van betrokken dochtervennootschappen zijn strikt genomen dus niet relevant voor het 500-criterium. Dit is verklaarbaar vanuit de gedachte dat de betrokken dochteronderneming haar rechtsvorm behoudt bij een grensoverschrijdende fusie van de moeder en eventuele medezeggenschapsrechten in de dochteronderneming niet worden bedreigd. Het is echter mogelijk dat werknemers hun medezeggenschapsrechten uitoefenen in een andere vennootschap dan de vennootschap waarmee het dienstverband bestaat. Dit komt voor in Nederland en Duitsland. Het uitsluiten van de werknemers van dochterondernemingen kan onder omstandigheden in strijd zijn met de beschermingsgedachte die aan art. 16 Tiende Richtlijn ten grondslag ligt (zie nader hoofdstuk 6.2.6.2).

Naast het 500-criterium is voor de toepasselijkheid van de eerste uitzondering vereist dat de fuserende vennootschap werkt met een stelsel van medezeggenschap. Voor de uitwerking wordt verwezen naar art. 2 (k) SE-Richtlijn. De mate van medezeggenschap is niet relevant. Enige vorm van medezeggenschap is reeds voldoende. Of in de fuserende vennootschap medezeggenschap bestaat, beoordeelt men aan de hand van de feitelijke situatie. De medezeggenschap hoeft dus niet wettelijk te zijn bepaald, maar kan ook in de statuten zijn overeengekomen of vrijwillig zijn toegepast.⁹⁹ Een ander uitleg zou er toe leiden dat de medezeggenschapsregeling van de SE buiten het toepassingsbereik valt. Een aspect van geheel andere orde betreft de situatie dat de vennootschap op grond van het nationale recht weliswaar verplicht is medezeggenschap in te voeren, maar dat niet heeft gedaan. Strikt genomen is nu niet voldaan aan de voorwaarden van de eerste uitzondering aangezien de vennootschap geen stelsel van werknemersmedezeggenschap kent. Daar staat tegenover dat de werknemers feitelijk beschouwd wel recht hebben op medezeggenschap. Zij zijn alleen niet in staat hun rechten uit te oefenen. Dit laatste punt acht ik doorslaggevend. Uit de Europese wetsgeschiedenis blijkt dat art. 16 lid 2 Tiende Richtlijn tot doel heeft de bestaande medezeggenschapsrechten van werknemers veilig te stellen.¹⁰⁰ Dit doel wordt slechts bereikt door ook de vennootschap die haar nationale plicht tot medezeggenschap niet uitvoert, te

98 De SE-Richtlijn spreekt over deelnemende (*participating*) vennootschappen indien het gaat om vennootschappen die rechtstreeks deelnemen aan de oprichting van een SE en over een betrokken (*concerned*) dochteronderneming of vestiging indien ook de dochterondernemingen van de deelnemende vennootschappen bepalend zijn.

99 COM (2003) 702, def, p. 7.

100 COM (2003) 703 def, p. 3. Ook uit de Raadsdocument 10934/04, 30 juni 2004 (12.07) volgt dat het vrijwaren van verworven medezeggenschapsrechten aan de tekst van art. 14 (thans art. 16) Tiende Richtlijn ten grondslag ligt.

beschouwen als een vennootschap die werkt met een stelsel van medezeggenschap.¹⁰¹

3.5.4 Uitzondering 2: 'hoogste aantal-doctrine'

De tweede uitzondering is neergelegd in art. 16 lid 2 (a) Richtlijn en is afgeleid van het 'voor en na-beginsel' uit de SE-Richtlijn. De uitzondering heeft betrekking op de situatie dat het recht van het vestigingsland niet hetzelfde niveau van medezeggenschap kent als het niveau dat van toepassing is op (één van) de betrokken fuserende vennootschappen. Relevant is het medezeggenschapssysteem zoals dat gaat gelden in de uit de fusie ontstane vennootschap. Kent het nationale recht van het vestigingsland medezeggenschap maar voldoet de uit de fusie ontstane vennootschap (nog) niet aan de vereiste criteria, dan is deze laatste vennootschap voor de toepassing van de tweede uitzondering niet onderworpen aan een medezeggenschapsregime.

De tweede uitzondering kent tal van onduidelijkheden. Zo is het de vraag welke vennootschappen relevant zijn voor de weging. De tekst spreekt over de 'betrokken fuserende vennootschappen'. De toevoeging 'betrokken' suggereert dat iets anders is bedoeld dan de in de eerste uitzondering genoemde fuserende vennootschappen. De Tiende Richtlijn kent geen definitie van betrokken fuserende vennootschappen. Ook de SE-Richtlijn biedt geen verheldering. In de Nederlandse tekst van de SE-Richtlijn komt het begrip 'betrokken' voor als vertaling van de Engelse term '*concerned*', terwijl het begrip 'betrokken' in de Tiende Richtlijn een vertaling is van de Engelse term '*relevant*'. Interessant is dat de Duitse vertaling van de Tiende Richtlijn aansluiting zoekt bij het uit de SE-Richtlijn bekende begrip 'deelnemende vennootschap'. Een aanwijzing dat de Duitse vertaling juist is en bij de tweede uitzondering is gedoeld op de rechtstreeks aan de grensoverschrijdende fusie deelnemende vennootschappen is het feit dat de Tiende Richtlijn, alsook de SE-Richtlijn niet bekend is met concernmedezeggenschap bij het vaststellen van de bestaande medezeggenschap.¹⁰² Ik zie niet in waarom de Europese wetgever bij de tweede uitzondering hiervan (zonder enige motivering) zou zijn afgeweken. In lijn met de Duitse vertaling houd ik het erop dat de tweede uitzondering – net als de eerste uitzondering – doelt op de aan de fusie deelnemende vennootschappen.

Dan de wijze waarop het niveau van medezeggenschap moet worden gewogen. Om vast te stellen of de tweede uitzondering opgaat, moet de bestaande medezeggenschap bij de deelnemende vennootschappen worden vergeleken met de medezeggenschap die in de uit de fusie ontstane vennootschap van toepassing zal zijn.

¹⁰¹ In gelijke zin Behrens (2007), p. 181-182.

¹⁰² Werknemers van dochtervennootschappen hebben een rol bij de representatieve samenstelling van de BOG (art. 3 lid 2 SE-Richtlijn), bij bepaalde besluitvormingsregels en bij de toepassing van deel 3 van de wettelijke referentievoorschriften.

Een eerste onduidelijkheid betreft de meting van het medezeggenschapsniveau. De Nederlandse versie van de Tiende Richtlijn spreekt over het werknemersaantal in het toezichthoudende of het bestuursorgaan, in de commissies van die organen of in het leidinggevend orgaan dat verantwoordelijk is voor de winstbepalende entiteiten van de vennootschappen.¹⁰³ De duiding ‘werknemersaantal’ wekt de indruk dat de werknemers zelf zitting moeten hebben in de genoemde organen. De Engelse tekst van de Tiende Richtlijn heeft het over ‘*employee representatives*’ en de Duitse over ‘*die Arbeitnehmer vertretenden Mitglieder*’. In de SE-Richtlijn is dit vertaald naar werknemersvertegenwoordigers. Roest sluit bij deze vertaling aan voor de uitleg van de tweede uitzondering¹⁰⁴ Zelf sta ik een ruimere uitleg voor. Met de vertaling naar werknemersvertegenwoordigers blijft staan dat het lijkt alsof de werknemersvertegenwoordigers in de betreffende organen moeten deelnemen. Dit is lang niet altijd het geval. In Nederland worden de leden van de raad van commissarissen – met inbegrip van diegene ten aanzien van wier benoeming medezeggenschap bestaat – geacht onafhankelijk te zijn. Deze medezeggenschapsrechten zijn uiteraard relevant voor de weging van het niveau van medezeggenschap. Met Schoonbrood en Bosveld ben ik dan ook van oordeel dat de verwijzing naar het werknemersaantal duidt op ‘*het aantal personen dat door de werknemersvertegenwoordigers is gekozen of benoemd of waartegen met betrekking tot de benoeming aanbeveling is gedaan of bezwaar is gemaakt*’.¹⁰⁵

Een ander punt waarover onduidelijkheid bestaat, is de aard van de vergelijking: is deze kwalitatief of kwantitatief? De invloed van de werknemers kan liggen in een benoemings- of keuzerecht of in een recht van aanbeveling of bezwaar. Bij de SE-Richtlijn geldt als algemene opvatting dat de verschillende vormen van medezeggenschap voor de meting aan elkaar zijn gelijk gesteld.¹⁰⁶ Tevens blijft buiten beschouwing of de invloed is gericht op de samenstelling van het toezichthoudende, leidinggevend dan wel bestuursorgaan. Ook de taken en bevoegdheden die toekomen aan de leden van deze organen zijn irrelevant. Deze leer staat bekend onder de naam ‘hoogste aantal-doctrine’. Belangrijkste argument voor een gelijkstelling is dat art. 2 (k) SE-Richtlijn geen onderscheid maakt tussen de verschillende vormen van medezeggenschap alsmede de organen waarop de invloed is gericht. De Tiende Richtlijn brengt hierin geen verandering aan. Bovendien spreekt de Engelse tekst van art. 16 (2) (a) Tiende Richtlijn over ‘*measured by reference to the proportion of employee representatives*’. Ook dit duidt erop dat het kwalitatieve element van de medezeggenschap geen rol van betekenis speelt. Dit systeem kent het voordeel van de eenvoud en komt tegemoet aan de rechtszekerheid. Het systeem biedt echter geen garantie dat de uitkomst van de meting ook daadwerkelijk het hoogste niveau van medezeggenschap betreft. Zo gaat een proportioneel hoger aantal aanbevelingsrechten

103 Art. 16 lid 2 (a) en overweging 14 preambule Tiende Richtlijn.

104 Roest (2007), p. 711.

105 Schoonbrood & Bosveld (2006), p. 24-25.

106 Witteveen (2009), p. 123 en (2004), p. 166; Roest (2005), p. 159 en 151; Buijs (2001), p. 125.

vóór een proportioneel lager aantal directe benoemingsrechten. Dit terwijl de laatste medezeggenschapsvariant doorgaans een sterkere vorm van medezeggenschap behelst. De gelijkstelling van de medezeggenschapsrechten is overigens niet ingegeven door de wens het grensoverschrijdend fuseren te vergemakkelijken, maar is het gevolg van het compromis dat aan art. 16 Tiende Richtlijn ten grondslag ligt. De lidstaten konden het gewoonweg niet eens worden over een *ranking* van nationale medezeggenschapssystemen.¹⁰⁷

3.5.5 Uitzondering 3: buitenlandse werknemers

De derde en laatste uitzondering beoogt discriminatie tussen werknemers te voorkomen en is op het gelijkheidsbeginsel gestoeld.¹⁰⁸ Het gaat om de situatie dat het recht waar de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap zich vestigt niet voorschrijft dat werknemers van in andere lidstaten gelegen vestigingen, hetzelfde recht tot uitoefening van medezeggenschap hebben als de werknemers in de lidstaat waar de vennootschap haar statutaire zetel heeft. De bepaling verwijst naar buitenlandse vestigingen en niet naar buitenlandse dochtervennootschappen. Vanuit Nederlands en Duits oogpunt is dit vreemd. De nationale wetgeving van deze landen kent aan de werknemers van nationale dochtervennootschappen onder omstandigheden medezeggenschapsrechten toe in de moedervernootschap, zodat een consequente toepassing van het gelijkheidsbeginsel met zich brengt dat deze rechten ook aan werknemers van buitenlandse dochterondernemingen dienen toe te komen. Bovendien is de uit de fusie ontstane vennootschap bij het toepassen van deel 3 van de referentievoorschriften wel gehouden de medezeggenschapsrechten uit te breiden tot de dochtervennootschappen. Hoe deze verschillende uitgangspunten zich tot elkaar verhouden, is mij niet duidelijk. De tekst van de derde uitzondering is echter niet voor tweeërlei uitleg vatbaar, zodat bij de toepassing slechts betekenis toekomt aan de werknemers van buitenlandse vestigingen.

Vooropgesteld moet worden dat de derde uitzondering slechts opgaat indien de uit de fusie ontstane vennootschap onderworpen raakt aan enige vorm van medezeggenschap.¹⁰⁹ Dit blijkt uit de tekst van art. 16 lid 2 (b) Tiende Richtlijn. De Engelse versie luidt: ‘(...) *provide for employees of establishments of the company resulting*

107 Kingma (2013), p. 4-5 stelt als alternatief voor aan te sluiten bij een meer statistische benadering waarin ieder nationaal medezeggenschapsrecht op basis van de kracht van de invloed een bepaald percentage krijgt toegekend. Zijn alternatief maakt het al complexe vraagstuk van de vennootschappelijke medezeggenschap er niet eenvoudiger op. Bovendien getuigt zijn voorstel van weinig realiteitszin. Zijn voorstel vereist dat de lidstaten aan de verschillende nationale vennootschappelijke medezeggenschapssystemen concrete percentages toekennen. De kans dat de lidstaten hierover overeenstemming bereiken acht ik nihil gezien de historie van het onderwerp op Europees niveau.

108 Verslag van de groep sociale vraagstukken van de Raad van de Europese Unie d.d. 30 juni 2004 (12.07), 10934/04, p. 4 en 9.

109 Anders Brandes (2008), p. 2196.

from the cross-border merger that are situated in other Member States the same entitlement to exercise participation rights as is enjoyed by those employees employed in the Member State the company resulting from the cross-border merger has its registered office. De Nederlandse versie is hiermee in lijn. Daar wordt gesproken van *'hetzelfde recht tot uitoefening (...) hebben'*. De woorden *'as is enjoyed'* en *'uitoefenen'* veronderstellen dat in de uit de fusie ontstane vennootschap enige mate van medezeggenschap geldt.

Daarnaast is vereist dat voorafgaand aan de fusie bij ten minste één van de deelnemende vennootschappen medezeggenschap bestond. Dit valt te herleiden uit raadsdocument 10934/04 waarin is opgenomen: *'Het tekstvoorstel voor art. 14 (thans art. 16: FL) beoogt medezeggenschapsrechten van werknemers te vrijwaren in andere lidstaten dan de lidstaat waar de uit de fusie ontstane vennootschap haar statutaire zetel heeft, ongeacht of alle werknemers vóór de fusie medezeggenschapsrechten genoten'*. De woorden *'ongeacht of alle werknemers'* duiden erop dat voorafgaand aan de fusie enige mate van medezeggenschap moet hebben bestaan. Deze uitleg vindt ondersteuning in overweging 13 preambule Tiende Richtlijn dat enige mate van medezeggenschap voorafgaand aan de fusie als algemene voorwaarde stelt.¹¹⁰ Minder duidelijk is de vraag of één van de verdwijnende vennootschappen voorafgaand aan de fusie aan medezeggenschap moest zijn onderworpen. Het merendeel van de Duitse auteurs gaat hiervan uit. De auteurs wijzen erop dat de derde uitzondering anders het beschermingsdoel van art. 16 Tiende Richtlijn voorbij schiet. De medezeggenschap van buitenlandse werknemers behoeft immers geen bescherming indien deze werknemers voorafgaand aan de fusie geen medezeggenschap kenden.¹¹¹

Hoewel ik deze consequentie onderken, stelt de tekst van de derde uitzondering deze eis niet. Op basis van de tekst is voldoende dat in de uit de fusie ontstane vennootschap voor de fusie enige vorm van medezeggenschap bestond. Deze benadering vindt ondersteuning in de Europese parlementaire documenten. Luxemburg en Denemarken hebben tijdens de totstandkoming expliciet aan de orde gesteld dat de huidige formulering van de derde uitzondering het doel van de Tiende Richtlijn voorbij schoot. Dit argument werd door de andere lidstaten verworpen met verwijzingen naar het specifieke doel van de uitzondering dat is gericht op het voorkomen van discriminatie tussen werknemers. Hierdoor was toegestaan dat de uitwerking verder ging dan art. 16 Tiende Richtlijn strikt genomen beoogt.¹¹² Na

110 Ook in de Duitse literatuur wordt – op andere gronden – van een dergelijke concrete uitleg uitgegaan. Zie hierover Nikoleyczik & Führ (2010), p. 1744-1745; Drinhausen & Keinath (2010), p. 401; Kleinhenz (2008), p. 329. Voor de nadere discussie hieromtrent wordt verwezen naar hoofdstuk 5.5.4.4.

111 Kleinhenz (2008), p. 329; Schubert (2007), p. 11. Met verwijzing naar de tekst van art. 16 lid 2 (b) Tiende Richtlijn acht Brandes (2008), p. 2196 het niet noodzakelijk dat de buitenlandse vestiging een verdwijnende buitenlandse vennootschap betreft.

112 Verslag van de Groep sociale vraagstukken van de Raad van de Europese Unie 30 juni 2004 (12.07), 10934/04, p. 9.

deze discussie is de formulering van de derde uitzondering niet aangepast. Het doet aldus niet ter zake of de werknemers van buitenlandse verdwijnende vennootschappen voorafgaand aan de fusie medezeggenschap kennen. Gezien de doelstelling van de derde uitzondering lijkt evenmin relevant of de buitenlandse vestiging door de fusie ontstaat (verdwijnende vennootschap) of reeds voor de fusie als buitenlandse vestiging bestond en in hoeverre bij de verdwijnende vennootschap(pen) op het moment van de fusie werknemers werkzaam waren.¹¹³ Kort en goed, de derde uitzondering treedt in werking indien de uit de fusie ontstane vennootschap met een medezeggenschapssysteem gaat werken dat alleen aan nationale werknemers medezeggenschap toekent én voorafgaand aan de fusie in een van de deelnemende vennootschappen enige mate van medezeggenschap bestaat.

Lidstaten kunnen de toepassing van de derde uitzondering voorkomen door in het nationale recht op te nemen dat werknemers van buitenlandse vestigingen aanspraak hebben op de uitoefening van nationale medezeggenschapsrechten. Dit houdt de Tiende Richtlijn niet tegen. De Europese wetgever lijkt een dergelijk initiatief zelfs te stimuleren. Art. 16 lid 5 Tiende Richtlijn bepaalt dat de werknemers van buitenlandse vestigingen niet hoeven te worden meegeteld bij de berekening van het aantal werknemers waarboven volgens het nationale recht medezeggenschap geldt.¹¹⁴ Getracht is een evenwicht tot stand te brengen tussen de bescherming van medezeggenschapsrechten van in andere lidstaten gevestigde werknemers en de drempelvereisten in het nationale medezeggenschapsrecht.¹¹⁵

3.6 (De betekenis van) het alternatieve regime

Doet één van de drie uitzonderingen van art. 16 lid 2 Tiende Richtlijn zich voor, dan blijft het nationale medezeggenschapsregime in beginsel buiten toepassing ongeacht toekomstige ontwikkelingen.¹¹⁶ In plaats daarvan treedt een grensoverschrijdend systeem van medezeggenschap in werking dat uitgaat van onderhandelingen en als vangnet wettelijke referentievoorschriften van toepassing verklaart. Ik noem dit systeem het alternatieve regime. Het alternatieve regime krijgt vorm volgens de beginselen en regels van de SE-Verordening en de bijbehorende SE-Richtlijn. Dit principe is nader uitgewerkt in art. 16 lid 3 Tiende Richtlijn. Dit artikel verklaart een aantal bepalingen uit de SE-Verordening en de SE-Richtlijn integraal van toepassing

¹¹³ In gelijke zin Heuschmid (2006), p. 187.

¹¹⁴ Denk aan het Nederlandse criterium van honderd werknemers waarboven de structuurregeling van toepassing wordt (mits ook aan de andere vereisten is voldaan).

¹¹⁵ Verslag van de Groep sociale vraagstukken van de Raad van de Europese Unie van 30 juni 2004 (12.07), 10934/04, p. 4.

¹¹⁶ Zie art. 16 lid 2 eerste zin Tiende Richtlijn dat het nationale medezeggenschapsrecht buiten toepassing stelt in het geval dat één van de uitzonderingen opgaat. Dit is slechts anders indien de BOG van onderhandelen afziet of de opgestarte onderhandelingen afbreekt. Dan treedt het nationale medezeggenschapsrecht in werking (voor zover aanwezig en aan de voorwaarden is voldaan).

op een grensoverschrijdende fusie. Daarnaast zijn in de leden 4 t/m 7 van art. 16 Tiende Richtlijn aanvullende regels neergelegd die specifiek zien op de medezeggenschap bij een grensoverschrijdende fusie. De bestuursstructuur en de taken en bevoegdheden van de organen waarop de medezeggenschap betrekking heeft worden niet buiten werking gesteld en maken geen onderdeel uit van het alternatieve regime. Deze elementen worden na de fusie vormgegeven door het nationale vennootschapsrecht dat van toepassing is op de uit de fusie ontstane vennootschap.

Het alternatieve regime kan leiden tot een van het nationale recht afwijkend medezeggenschapssysteem. Art. 12 lid 4 SE-Verordening bepaalt dat de statuten van de uit de fusie ontstane vennootschap in overeenstemming dienen te zijn met de krachtens het alternatieve regime geldende medezeggenschapsregeling. Dit betekent dat de medezeggenschapsregeling in de statuten moet worden neergelegd. Doorgaans zal de algemene vergadering reeds over het fusievoorstel – waarvan de statuten onderdeel uitmaken – hebben besloten voordat duidelijk is welke medezeggenschapsregeling op de uit de fusie ontstane vennootschap van toepassing wordt. Om die reden kan de algemene vergadering zich het recht voorbehouden de totstandkoming van de fusie afhankelijk te stellen van haar uitdrukkelijke bekrachtiging van de regeling inzake medezeggenschap (art. 9 lid 2 Tiende Richtlijn).

3.7 De BOG

3.7.1 Instelling van de BOG

Met uitzondering van de situatie dat de besturen zonder nadere onderhandelingen direct kiezen voor de referentievoorschriften, moet bij het inwerkingtreden van het alternatieve regime altijd een bijzondere onderhandelingsgroep (BOG) worden ingesteld. De BOG is het door de Tiende Richtlijn aangewezen orgaan aan werknemerszijde dat met de besturen van de deelnemende vennootschappen onderhandelt over een overeenkomst inzake de vennootschappelijke medezeggenschap. Anders dan bij de EOR-Richtlijn ligt het initiatief tot onderhandelen bij de deelnemende vennootschappen. Op grond van art. 3 lid 1 SE-Richtlijn doen de besturen zo spoedig mogelijk na openbaarmaking van het gezamenlijke fusievoorstel het nodige om met de werknemersvertegenwoordigers in onderhandeling te treden. Aan de werknemersvertegenwoordigers moet informatie worden verstrekt over de identiteit van de deelnemende vennootschappen, de betrokken dochterondernemingen en vestigingen en het aantal werknemers. Deze informatie is nodig om tot een representatieve samenstelling van de BOG te komen, maar is ook relevant voor de besluitvorming in de BOG. Lidstaten kunnen de lijst met onderwerpen aanvullen. Ik denk bijvoorbeeld aan informatie over het aantal werknemers dat voorafgaand aan de grensoverschrijdende fusie enig recht op medezeggenschap heeft.

Hoewel de SE-Richtlijn hierover niets bepaalt, ligt het voor de hand de informatie te doen toekomen aan de werknemersvertegenwoordigers voor zover aanwezig. Indien bepaalde groepen werknemers niet zijn vertegenwoordigd, zal de

informatie aan de werknemers afzonderlijk moeten worden verstrekt. Het is de vraag of de informatieverstrekking is vereist indien de besturen direct de referentievoorschriften van toepassing verklaren. Ik meen van wel. Dit volgt uit de opmaak van art. 16 Tiende Richtlijn waarin de bevoegdheid om direct te kiezen voor de referentievoorschriften is opgenomen na de verplichting tot het overleggen van de informatie. De informatie is bovendien nodig voor het kunnen toepassen van de referentievoorschriften, meer specifiek de verdeling van het aantal medezeggenschapsrechten over de werknemers uit de verscheidene lidstaten (zie paragraaf 3.10.3).

3.7.2 Samenstelling van de BOG

De samenstelling van de BOG is geregeld in art. 3 lid 2 (a) SE-Richtlijn. Op grond van de hoofdregel van sub (i) bestaat recht op één lid in de BOG voor elke 10% (of een gedeelte daarvan) van de werknemers die in een bepaalde lidstaat in dienst zijn, berekend over het totale aantal werknemers in dienst bij de deelnemende en betrokken dochterondernemingen en vestigingen. Interessant is de vraag aan welke lidstaat een betreffende werknemer wordt toegewezen. Is de toewijzing afhankelijk van het nationale recht dat de arbeidsovereenkomst beheerst, van het nationale recht dat van toepassing is op de vennootschap waar de werknemer in dienst is of de plaats van de onderneming waarin de werknemer werkzaam is?

De SE-Richtlijn spreekt in art. 3 lid 2 (a) over het aantal werknemers dat in de onderscheiden lidstaten ‘in dienst is’ van de deelnemende vennootschappen en de betrokken dochterondernemingen en vestigingen. De nationaliteit van de vennootschap is dus leidend. Bij deelnemende vennootschappen en dochterondernemingen wordt de nationaliteit bepaald aan de hand van de statutaire dan wel werkelijke zetelleer (zie hoofdstuk 3.3.4). Maar hoe zit het met vestigingen? Het is goed denkbaar dat de deelnemende vennootschap in Nederland haar statutaire zetel heeft, terwijl de vennootschap vestigingen heeft in bijvoorbeeld Duitsland en België. Tellen de werknemers die bij de buitenlandse vestigingen werken mee voor het aantal werknemers dat in Nederland in dienst is? Dat lijkt mij niet het geval. Doorslaggevend acht ik dat art. 16 Tiende Richtlijn zich richt op het behoud van medezeggenschap. Werknemers hebben recht op medezeggenschap (voor zover aanwezig) daar waar zij werkzaam zijn en vanuit de tradities in die lidstaat behartigen zij hun belangen binnen de BOG. De werknemers van buitenlandse vestigingen worden aldus toegerekend aan de lidstaat waar de betreffende vestiging zich bevindt.

Voor de samenstelling van de BOG is voorts sub (ii) van art. 3 lid 2 (a) SE-Richtlijn van belang. Sub (ii) bevordert dat de werknemers van elke deelnemende vennootschap die door de fusie ophoudt te bestaan als afzonderlijke rechtspersoon in de BOG worden vertegenwoordigd. Dit gebeurt door het toekennen van extra zetels voor zover deze werknemers ingevolge de hoofdregel van sub (i) niet in de BOG zijn vertegenwoordigd. Met vertegenwoordiging lijkt te zijn bedoeld op de situatie

dat de betreffende vennootschap geen eigen werknemer in de BOG heeft. Concreet beschouwd moet men dus nagaan hoeveel verdwijnende deelnemende vennootschappen geen werknemers in de BOG hebben.¹¹⁷ Het toekennen van extra zetels is aan twee beperkingen onderhevig: (a) het aantal extra leden mag niet hoger zijn dan 20% van het aantal BOG-leden zoals is vastgesteld volgens de hoofdregel en (b) de samenstelling van de BOG mag niet leiden tot een dubbele vertegenwoordiging van de betrokken werknemers.

Het a-criterium komt er kort gezegd op neer dat wanneer de hoofdregel in totaal tien zetels toekent aan de onderscheiden lidstaten, nooit meer dan twee extra zetels te vergeven zijn. Indien het aantal vennootschappen dat recht heeft op een extra zetel groter is dan het aantal beschikbare zetels, worden de extra zetels toegekend in dalende volgorde van het aantal werknemers in die vennootschappen (art. 3 lid 2 (a) laatste alinea SE-Richtlijn). Hoewel de tekst dit niet expliciet stelt, ligt een verdeling in dalende volgorde per lidstaat voor de hand.

Het b-criterium is een stuk lastiger. Het toekennen van extra zetels mag niet leiden tot ‘dubbele vertegenwoordiging’. Het is onduidelijk wat men hieronder moet verstaan. Een strikte uitleg heeft tot gevolg dat aan een lidstaat nooit een extra zetel wordt toegekend indien de leden van de BOG worden gekozen door de gezamenlijke in die lidstaat in dienst zijnde werknemers. In dat geval vertegenwoordigt het BOG-lid namelijk alle werknemers uit dat land en zou per definitie sprake zijn van ‘dubbele vertegenwoordiging’. Een dergelijke uitkomst lijkt niet beoogd. Witteveen meent dat ‘dubbele vertegenwoordiging’ aan de orde is indien een reeds gekozen BOG-lid werkzaam is in de deelnemende vennootschap die voor de extra zetel in aanmerking komt.¹¹⁸ Hoewel deze uitleg aannemelijk is, wordt miskend dat een vennootschap pas voor een extra zetel in aanmerking komt indien zij geen werknemers in de BOG heeft. Anders geformuleerd: heeft de verdwijnende vennootschap een werknemer in de BOG, dan is de vennootschap in de BOG vertegenwoordigd en komt men aan het b-criterium niet toe. Weer een andere uitleg zoekt aansluiting bij de vakbondsvertegenwoordiger die namens de verdwijnende vennootschap in de BOG zitting heeft. Het b-criterium voorkomt in die uitleg dat een extra zetel wordt toegekend, terwijl het vakbondslicid – dat niet bij de betreffende vennootschap werkzaam is – de werknemers van de betreffende vennootschap reeds vertegenwoordigt. Ook in deze uitleg voegt het b-criterium niets toe. Art. 3 lid 2 (b) SE-Richtlijn bepaalt dat lidstaten er in de mate van het mogelijke voor zorgen dat elke deelnemende vennootschap met werknemers door ten minste één lid in de BOG is vertegenwoordigd. Hiermee is bedoeld op een werknemer uit de betreffende vennootschap; vakbondsvertegenwoordigers vallen hier niet onder. Het is een

117 Nu de verkiezingsprocedure door iedere lidstaat afzonderlijk wordt ingevuld, kan eerst na afloop daarvan worden beoordeeld hoeveel deelnemende vennootschappen met een werknemer in de BOG zijn vertegenwoordigd.

118 Witteveen (2004), p. 179 en 181.

deelnemende vennootschap daarom niet toegestaan een vakbondsvertegenwoordiger voor te dragen indien niet reeds een werknemer uit die vennootschap in de BOG zitting heeft. En ook nu geldt: als de vennootschap een werknemer in de BOG heeft, komt men aan het b-criterium niet toe.

Hoe zit het dan wel? Naar mijn mening vervult het verbod op ‘dubbele vertegenwoordiging’ slechts een functie bij de verdeling van de extra zetels onder de werknemers in een betreffende lidstaat. Bedacht moet worden dat de extra zetel wordt toegekend aan het totale aantal werknemers werkzaam in een lidstaat. Het verbod tot ‘dubbele vertegenwoordiging’ heeft tot gevolg dat de werknemers de extra zetel(s) moeten toekennen aan de verdwijnende vennootschap die nog niet met een werknemer in de BOG is vertegenwoordigd. De werknemers van die vennootschap krijgen het recht een extra vertegenwoordiger in de BOG aan te wijzen. Toekenning van de extra zetel aan een vennootschap die al een werknemer in de BOG heeft, leidt in deze uitleg tot ‘dubbele vertegenwoordiging’ en is niet toegestaan. Deze uitleg sluit aan bij de systematiek van art. 3 SE-Richtlijn die van een zo evenredig mogelijke verdeling van zetels uitgaat.

Concreet geschiedt de verdeling aldus op de volgende wijze. Na toepassing van de hoofdregel wordt per lidstaat nagegaan hoeveel deelnemende verdwijnende vennootschappen niet in de BOG zijn vertegenwoordigd, dat wil zeggen daarin geen werknemer hebben. Daarna wordt aan de hand van het 20% criterium bepaald hoeveel extra zetels een lidstaat krijgt toebedeeld. Tot slot voorkomt het verbod op ‘dubbele vertegenwoordiging’ dat de extra zetels in een lidstaat aan reeds vertegenwoordigde vennootschappen worden toebedeeld. Het volgende voorbeeld illustreert de samenstelling van de BOG. Het voorbeeld gaat uit van een grensoverschrijdende fusie tussen de volgende vier deelnemende vennootschappen:

- (i) Vennootschap A, gevestigd in Nederland met 400 werknemers (verkrijgende vennootschap);
- (ii) Vennootschap B, gevestigd in Nederland met 10 werknemers (verdwijnende vennootschap);
- (iii) Vennootschap C, gevestigd in Nederland met 10 werknemers (verdwijnende vennootschap);
- (iv) Vennootschap D, gevestigd in Duitsland met 2.000 werknemers (verdwijnende vennootschap).

Nu de vennootschappen A, B en C (Nederland) in totaal 17,37 % van het totale aantal werknemers hebben, krijgt Nederland twee zetels toegewezen in de BOG. Vennootschap D (Duitsland) heeft 82,64 % van het totaal aantal werknemers en krijgt negen zetels in de BOG. Om te bepalen of Nederland recht heeft op een extra BOG-lid moet men nagaan of bepaalde deelnemende vennootschappen die ophouden te bestaan niet in de BOG zijn vertegenwoordigd. Indien de twee Nederlandse zetels worden ingevuld door werknemers uit de vennootschappen A en B, dan heeft

Nederland met betrekking tot vennootschap C recht op één extra zetel in de BOG. Dit geldt niet indien de twee Nederlandse zetels zijn ingenomen door werknemers uit de vennootschappen B en C. In dat geval komt men op basis van de hoofdregel niet aan de toekenning van een extra zetel toe. ‘Slimme’ werknemers kunnen hierop anticiperen door aan vennootschap A sowieso een BOG-lid toe te kennen. Om te voorkomen dat de twee Nederlandse zetels in het voorbeeld allebei door vennootschap A worden ingevuld en zowel vennootschap B als vennootschap C een extra zetel kan claimen, bepaalt art. 3 lid 2 (b) dat lidstaten er in de mate van het mogelijke voor moeten zorgen dat elke deelnemende vennootschap met werknemers door ten minste één lid is vertegenwoordigd. Deze regel voorkomt tevens dat ofwel vennootschap B ofwel vennootschap C een vakbondsvertegenwoordiger als BOG-lid voordraagt.

De omvang van de BOG is niet aan een vast minimum of maximum gebonden, maar is flexibel. Witteveen heeft met betrekking tot de oprichting van een SE opgemerkt dat dit kan leiden tot scheve uitkomsten, met name bij vennootschappen met een gering aantal werknemers.¹¹⁹ Dit doet zich bij een grensoverschrijdende fusie minder snel voor. Anders dan bij oprichting van een SE, bestaat de plicht tot onderhandelen alleen bij een bedreiging van (bestaande) medezeggenschapsrechten. Nu de medezeggenschap vaak afhankelijk is gesteld van (onder meer) werknemersdrempels, zal van medezeggenschap niet snel sprake zijn bij vennootschappen met slechts een gering aantal werknemers in dienst.

3.7.3 Verkiezing en vertegenwoordiging van de BOG

Staat het aantal BOG-leden per lidstaat vast, dan geschiedt de verkiezing of aanwijzing per lidstaat op een wijze zoals door de lidstaat is bepaald. Daarop zijn evenveel rechtsstelsels van toepassing als het aantal lidstaten waarin deelnemende vennootschappen, betrokken dochterondernemingen en vestigingen zijn gevestigd. Verkiesbaar zijn de werknemers werkzaam in de deelnemende vennootschappen en de eventueel betrokken dochterondernemingen en vestigingen. De personeelsomvang speelt geen rol. Ook vakbondsfunctionarissen (niet werknemers) kunnen verkiesbaar zijn als dit in overeenstemming is met de nationale wetgeving/praktijk (art. 3 lid 2 (b) tweede alinea SE-Richtlijn). Uit de specifieke verwijzing naar vakbondsfunctionarissen kan men opmaken dat andere buitenstaanders – zoals politieke personen – niet verkiesbaar zijn. Deze personen kunnen als deskundige worden ingeschakeld (art. 3 lid 5 SE-Richtlijn). Het hiervoor genoemde art. 3 lid 2 (b) SE-Richtlijn schrijft dwingend voor dat eerst een werknemer van de deelnemende vennootschap(pen) moet worden gekozen dan wel aangewezen voordat een vakbondslid in de BOG zitting kan nemen.

De verkiezing of aanwijzing van een BOG-lid kan geschieden door de werknemers werkzaam in de betreffende lidstaat gezamenlijk of door de werknemers van

¹¹⁹ Witteveen (2004), p. 176-177.

iedere deelnemende vennootschap, dochteronderneming en vestiging afzonderlijk. De Tiende Richtlijn laat de lidstaten vrij in de keuze. Kiesgerechtigd zijn de werknemers van de deelnemende vennootschappen, betrokken dochterondernemingen en vestigingen in een betreffende lidstaat. De toevoeging van het begrip ‘aanwijzing’ maakt een verkiezing door gedelegeerden mogelijk.¹²⁰ Art. 3 lid 2 (b) laatste alinea SE-Richtlijn gaat er zelfs vanuit dat de BOG-leden in beginsel worden gekozen door werknemersvertegenwoordigers. De bevoegdheid doet geen afbreuk aan de nationale wetgeving en/of praktijk inzake drempels voor de instelling van een werknemersvertegenwoordiging.

Bij de verkiezing of aanwijzing van een BOG-lid moet komen vast te staan welke werknemers (van het totale aantal werknemers in die lidstaat) hij vertegenwoordigt.¹²¹ Dit houdt verband met de besluitvormingsregels binnen de BOG (zie paragraaf 3.8.2). Het lijkt logisch dat een BOG-lid de werknemers vertegenwoordigt door wie hij is gekozen. Deze uitleg geeft een goede uitkomst indien de BOG-leden worden gekozen door de werknemers per deelnemende vennootschap, betrokken dochteronderneming en vestiging.¹²² Het is evenwel denkbaar dat BOG-leden uit één en dezelfde lidstaat door alle werknemers gezamenlijk worden gekozen. Nu verschillende BOG-leden niet dezelfde werknemers kunnen vertegenwoordigen, acht ik het in die situatie verdedigbaar dat een BOG-lid de werknemers vertegenwoordigt van de onderneming van waaruit hij afkomstig dan wel voorgedragen is. Een probleem doet zich voor indien een lidstaat minder zetels krijgt dan het aantal deelnemende vennootschappen, dochterondernemingen en vestigingen. Hoe moeten de resterende werknemers in dat geval worden vertegenwoordigd? Het antwoord is relevant nu de gekozen methode invloed heeft op het stemgewicht in de BOG. Het volgende probleem kan zich voordoen.

In een lidstaat zijn twee deelnemende vennootschappen met respectievelijk tien en vijftig werknemers en een dochteronderneming met 500 werknemers betrokken bij de grensoverschrijdende fusie. Aan deze lidstaat zijn twee BOG-leden toegewezen. De twee BOG-leden zijn beide afkomstig uit één van de twee deelnemende vennootschappen en vertegenwoordigen aldus de werknemers uit de betreffende vennootschap van waaruit ze afkomstig of voorgedragen zijn. De werknemers van de dochteronderneming worden nu niet vertegenwoordigd.

Een redelijk uitgangspunt is dat de resterende werknemers worden verdeeld over de BOG-leden naar evenredigheid van het aantal werknemers dat de leden reeds

¹²⁰ In gelijke zin Behrens (2007), p. 197.

¹²¹ Deze verplichting is niet expliciet in de SE-Richtlijn neergelegd, maar is door het Brussels coördinatieoverleg vastgesteld. Zie het rapport van de Group of Experts SE van 30 april 2003, punt 15.

¹²² Het begrip vestiging is van belang aangezien de werknemers werkzaam bij een buitenlandse vestiging van een deelnemende vennootschap in de lidstaat van de vestiging meetellen voor de samenstelling van de BOG en ook in die lidstaat aan de verkiezingen deelnemen.

vertegenwoordigen. In het bovenstaande voorbeeld houdt dit in dat de 500 werknemers naar verhouding over de twee BOG-leden worden verdeeld. Het ene BOG-lid vertegenwoordigt dan $(16,7\% \text{ van } 500 = 83 \text{ plus } 10)$ 93 werknemers en het andere BOG-lid $(83,3\% \text{ van } 500 = 417 \text{ plus } 50)$ 467 werknemers.¹²³ Het is ook denkbaar dat er meer zetels zijn dan het aantal deelnemende vennootschappen, dochterondernemingen en vestigingen met als gevolg dat BOG-leden een zelfde vennootschap of dochteronderneming vertegenwoordigen. In dat geval vertegenwoordigt een BOG-lid het geheel van werknemers in die betreffende vennootschap in gelijke delen.

3.7.4 De representativiteit als complicerende factor

De onderhandelingen tussen de BOG en de besturen kunnen een half jaar tot een jaar in beslag nemen. Gedurende die periode is het denkbaar dat verschuivingen optreden in de werknemersaantallen met als gevolg dat de BOG niet meer representatief is samengesteld voor de totale werknemerspopulatie. Moet dit leiden tot een hernieuwde verdeling en samenstelling van de BOG? En zo ja, begint de onderhandelingstermijn dan opnieuw te lopen? In tegenstelling tot de EOR-Richtlijn schrijft de SE-Richtlijn noch de Tiende Richtlijn voor hoe men hiermee moet omgegaan.¹²⁴ Daaraan ligt waarschijnlijk de overkoepelende doelstelling van de Tiende Richtlijn ten grondslag ‘het vergemakkelijken van grensoverschrijdende fusies’. Het (steeds) opnieuw moeten samenstellen van de BOG vertraagt het fusieproces. Ik meen dan ook dat tussentijdse veranderingen – behoudens andere afspraken tussen de BOG en het bestuur – geen invloed hebben op een eenmaal ingestelde BOG.

Een potentiële complicatie betreft de situatie dat de verkiezing van de BOG-leden niet in alle lidstaten op gang komt. Hieraan kunnen verschillende redenen ten grondslag liggen. Denk aan een gebrek aan interesse of de angst voor represailles. Nu de verkiezing van de BOG-leden een nationale zaak is, moeten eventuele conflicten worden opgelost volgens het recht van de desbetreffende lidstaat. Wenst het bestuur van de deelnemende vennootschap van die lidstaat de grensoverschrijdende fusie door te zetten, dan kan hij van de werknemers in rechte nakoming van de wet – in de zin van het houden van verkiezingen – vorderen. Het bestuur kan werknemers en/of vakbondsleden echter moeilijk dwingen zich voor de BOG kandidaat te stellen. Indien niemand zich kandidaat stelt, komt er geen representatieve BOG tot stand. De deelnemende besturen kunnen dan alsnog besluiten de referentievoorschriften direct van toepassing te verklaren. Die mogelijkheid bestaat immers totdat de onderhandelingen aanvangen (vgl. paragraaf 3.10.1).

123 Witteveen (2004), p. 179 heeft een soortgelijke verdeling (op andere gronden) betoogd ten aanzien van de SE.

124 Bij de samenstelling van de SE-OR bepaalt de SE-Richtlijn dat dergelijke mutaties tot een aanpassing leiden. De SE-OR is echter niet te vergelijken met de BOG nu dit laatste orgaan slechts voor een beperkte duur is ingesteld.

Maar wat geldt indien een deel van het Europese werknemersbestand wel en een ander deel geen BOG-lid afvaardigt? Illustratief is de situatie dat de Nederlandse werknemers tot afvaardiging van een BOG-lid overgaan, terwijl de Spaanse en Belgische werknemers geen actie ondernemen. Er komt dan geen representatieve BOG tot stand. Verschillende benaderingen zijn denkbaar. Men kan voor de besluitvormingsregels aansluiting zoeken bij de fictieve situatie dat de BOG voltallig zou zijn samengesteld. Dat houdt in dat de aanwezige BOG-leden alleen rechtsgeldig kunnen besluiten wanneer zij binnen de (fictieve) BOG de meerderheid vormen. Deze benadering sluit aan bij de beschermingsgedachte waarop art. 16 Tiende Richtlijn is gegrond. Daarmee is in strijd dat een minderheid van de werknemers een overeenkomst sluit met een inhoud waarover de meerderheid zich niet heeft uitgelaten. Bovendien voorzien de wettelijke referentievoorschriften – die in werking treden als geen overeenkomst tot stand komt – in een adequate bescherming van de voorafgaand aan de fusie bestaande medezeggenschapsrechten. De benadering doet echter geen recht aan een ander belangrijk uitgangspunt van art. 16 Tiende Richtlijn: de onderhandelingsvrijheid die aan de partijen toekomt. Men kan in dat licht betogen dat de werknemers die – na hiertoe voldoende in de gelegenheid te zijn gesteld – welbewust kiezen geen BOG-lid af te vaardigen hun onderhandelingsrecht verliezen. In die uitleg vormen de wel afgevaardigde BOG-leden de BOG en zijn zij op de reguliere wijze tot besluitvorming bevoegd. Deze uitkomst heeft tot gevolg dat een minderheid van de werknemers medezeggenschapsafspraken kan maken die gelden voor het gehele Europese werknemersbestand. Dit legitimiteitsgebrek lost men op door in de overeenkomst een bepaling op te nemen die de meerderheid van werknemers na een periode van bijvoorbeeld twee jaar de mogelijkheid biedt de onderhandelingen opnieuw op te starten.

De laatste benadering acht ik de juiste. Medezeggenschap geeft recht op invloed, maar is niet bedoeld als een recht andere spelers in het veld te ‘gijzelen’ door niets te doen.

3.7.5 De geheimhouding en bescherming van de BOG

Tijdens de onderhandelingen met het bestuur zal de BOG vertrouwelijke informatie (willen) ontvangen. Art. 8 SE-Richtlijn biedt de deelnemende vennootschappen de mogelijkheid geheimhouding te bewerkstelligen. Het is aannemelijk dat de toepassing geschiedt aan de hand van het recht waar de uit de fusie ontstane vennootschap haar statutaire zetel vestigt. Zou de bepaling naar het nationale recht van een afzonderlijk BOG-lid inhoud krijgen, dan zouden de vennootschappen bij het opleggen van geheimhouding aan zoveel rechtsregels zijn gebonden als dat de BOG nationaliteiten kent. Daarnaast zou niet duidelijk zijn op basis van welk nationaal recht moet worden beoordeeld of aan de BOG als collectief terecht geheimhouding is opgelegd.

Art. 8 kent twee mogelijkheden tot het realiseren van geheimhouding. Het bestuur hoeft bepaalde informatie niet te verstrekken als daardoor volgens objectieve criteria het functioneren van de uit de fusie ontstane vennootschap (of in

voorkomend geval de deelnemende vennootschappen) of haar dochterondernemingen en vestigingen ernstig wordt belemmerd dan wel wordt geschaad (art. 8 lid 2 SE-Richtlijn). De lidstaten kunnen de beslissing van het bestuur om bepaalde informatie niet te verschaffen onderwerpen aan de voorafgaande toestemming van een administratieve of gerechtelijke instantie. Voorts moeten de werknemersvertegenwoordigers het besluit van het bestuur kunnen laten toetsen via administratieve of gerechtelijke beroepsprocedures.

Het bestuur kan er ook voor kiezen de informatie wel te verstrekken, maar onder geheimhouding (art. 8 lid 1 SE-Richtlijn). In het licht van overweging 13 preambule SE-Richtlijn vervalt de geheimhoudingsplicht niet bij beëindiging van het lidmaatschap noch bij opheffing van de BOG. Het opleggen van geheimhouding lijkt niet aan enige norm te zijn gebonden. Dit is niet juist. Dit leid ik af uit het feit dat de werknemers de mogelijkheid hebben in administratieve of gerechtelijke beroepsprocedures het besluit tot geheimhouding te laten toetsen. Het hebben van een beroepsmogelijkheid wekt de suggestie dat een besluit tot geheimhouding ten minste een redelijke grond vereist. Deze uitleg ligt ook om een andere reden voor de hand. De geheimhouding belemmert het contact van de BOG met de achterban, zodat een al te eenvoudig gebruik van deze bevoegdheid niet moet worden toegestaan.

De geheimhoudingsplicht geldt jegens derden. De SE-Richtlijn maakt niet duidelijk wie als derden hebben te gelden. Gaat het om alle personen die geen BOG-lid zijn of geldt de plicht alleen jegens personen van buiten de betreffende onderneming(en)? De EOR-Richtlijn en Richtlijn 2002/14/EG geven aan het derdenbegrip evenmin invulling. Opmerkelijk is wel dat Richtlijn 2002/14/EG naast de derden ook de werknemers van de betreffende onderneming als groep noemt aan wie de informatie niet mag worden verstrekt. Dit betekent mijns inziens niet dat de werknemers in de SE-Richtlijn (en de EOR-Richtlijn) buiten het derdenbegrip vallen. De geheimhoudingsplicht heeft tot doel dat bepaalde informatie niet naar buiten wordt gebracht. Nu de werknemers niet aan geheimhouding zijn gebonden en zij de informatie dus naar buiten mogen brengen, is aannemelijk dat ook de werknemers werkzaam in de betreffende onderneming(en) als derden te kwalificeren zijn.

Vanwege de machtsongelijkheid hebben de BOG-leden bij de uitoefening van hun functie dezelfde bescherming en waarborgen als die werknemersvertegenwoordigers hebben bij of krachtens de nationale wetgeving en/of praktijk in het land waar zij in dienst zijn (art. 10 SE-Richtlijn). Anders dan bij de geheimhoudingsplicht wordt voor de bescherming wel verwezen naar het recht van de lidstaat waaruit het BOG-lid afkomstig is. De bescherming is daarom per BOG-lid verschillend. Dit kan de samenwerking binnen de BOG belemmeren. De bescherming geldt voor het deelnemen aan vergaderingen en de doorbetaling van salaris zolang de BOG-leden van het werk afwezig zijn ter vervulling van hun functie (art. 10 tweede alinea SE-Richtlijn). De bescherming heeft mijns inziens ook het oog op andere vormen van

benadeling, zoals het geven van een slechte beoordeling omdat de persoon vaak afwezig was door zijn werkzaamheden binnen de BOG.

3.8 De onderhandelingen

3.8.1 Het onderhandelingsproces

Zodra de BOG is ingesteld, starten de onderhandelingen over een overeenkomst. De onderhandelingen vinden plaats tussen de BOG en de bevoegde organen van de deelnemende vennootschappen. Dit zullen doorgaans de besturen zijn. Het lijkt mij dat het bestuur zich kan laten vertegenwoordigen. Het vereiste dat het bestuur ‘in persoon’ moet optreden, wordt nergens gesteld.

De onderhandelingstermijn kent een duur van zes maanden, met de mogelijkheid van verlenging tot een jaar. Komt binnen die periode geen overeenkomst tot stand, dan treden de hierna te bespreken wettelijke referentievoorschriften in werking. De onderhandelingstermijn is aanzienlijk korter dan de drie jaar van de EOR-Richtlijn. Dit verschil is te herleiden tot de vestigingsvrijheid waarop de Tiende Richtlijn is gebaseerd en het feit dat de grensoverschrijdende fusie niet kan worden gerealiseerd zolang de onderhandelingstermijn nog loopt. Een ander verschil met de EOR-Richtlijn is dat deze laatste richtlijn de BOG het recht geeft zonder het bestuur samen te komen (art. 5 lid 4 (tweede alinea) EOR-Richtlijn). Hoewel de SE-Richtlijn een dergelijke bepaling ontbeert, zie ik niet in waarom de BOG deze mogelijkheid bij een grensoverschrijdende fusie niet zou hebben. Een duidelijke visie binnen de BOG komt de onderhandelingen slechts ten goede. Gezien de hieraan verbonden kosten denk ik vooral aan het een dag eerder laten invliegen van de BOG-leden.

Het onderhandelingsproces kenmerkt zich door twee uitgangspunten: de contractsvrijheid en de samenwerkingsgedachte.

Allereerst de contractsvrijheid. Partijen zijn – binnen de grenzen met betrekking tot de besluitvorming in de BOG – vrij over de medezeggenschap af te spreken wat ze willen (autonomie van partijen). Dit biedt de mogelijkheid te komen tot een overeenkomst op maat voor de uit de fusie ontstane vennootschap. Partijen kunnen aansluiten bij de wetgeving, principes en culturen op het terrein van het medezeggenschapsrecht van de deelnemende vennootschappen en de betreffende werknemers. Het valt echter te verwachten dat de onderhandelingen in de praktijk met name worden bepaald door de vraag wat er ten opzichte van de referentievoorschriften te winnen valt. De referentievoorschriften vervullen daarmee een zogenoemde *benchmarkrol*. Dit maakt het voor beide partijen relevant voorafgaand aan de onderhandelingen na te gaan tot welke uitkomst de referentievoorschriften zullen leiden. Voor het bestuur zal dit geen probleem opleveren. De leden van de BOG zullen daarentegen niet altijd even deskundig zijn op het terrein van het medezeggenschapsrecht. Om deze kennisachterstand te ondervangen, kan de BOG zich laten

bijstaan door deskundige(n). De deskundige kan van binnen, maar ook van buiten de onderneming komen. Ik denk vooral aan juridische adviseurs, maar ook aan (Europese) vakbondsvertegenwoordigers. Vanuit het perspectief van de BOG is het spijtig dat aan de Europese vakbondsvertegenwoordigers geen permanente rol in de BOG is toegekend, bijvoorbeeld als vaste vertegenwoordiger. Samenwerking met de Europese vakbondsfederaties zou de cohesie in de BOG (die is samengesteld uit werknemers uit verschillende lidstaten met andere normen en waarden) ten goede zijn gekomen.

Het tweede uitgangspunt is dat de onderhandelingen in een geest van samenwerking geschieden met het oog op het tot stand brengen van een overeenkomst (art. 4 SE-Richtlijn). Dit beginsel is geïntroduceerd in de EOR-Richtlijn. In een eerder voorstel voor de EOR-Richtlijn uit 1990 stond nog vermeld '*partijen dienen te goeder trouw te onderhandelen om de in art. 6 bedoelde overeenkomst te bereiken*'. Deze zinsnede was opgenomen naar aanleiding van een amendement van het Parlement en moest het consensusaspect van het voorstel benadrukken.¹²⁵ In het uiteindelijke voorstel van 1994 is deze zinsnede zonder nadere motivering gewijzigd in '*een geest van samenwerking*'. Uit de toelichting op de EOR-Richtlijn volgt dat de formulering doelt op transparantie en wederzijds respect van partijen.¹²⁶ De geest van samenwerking benadrukt dat beide partijen volwaardige onderhandelingspartners zijn en dat zij een zaak van gemeenschappelijk belang afhandelen op de voet van gelijkheid.¹²⁷ Het beginsel heeft in dat opzicht iets weg van de verplichting van de werkgever om met de werknemersvertegenwoordigers in onderhandeling te treden om te onderzoeken of de gevolgen van een collectief ontslag kunnen worden verminderd dan wel voorkomen (art. 2 lid 2 Richtlijn 98/59/EG).¹²⁸ Het gaat in beide gevallen om een inspanningsverplichting. Wel meen ik dat het beginsel partijen verbiedt relevante informatie voor elkaar achter te houden of doelbewust de onderhandelingen te frustreren. Ik sluit niet uit dat de rechter op grond van het beginsel de onderhandelingstermijn verlengt.¹²⁹

De Duitse vertaling van het beginsel komt overeen met de wettelijke verplichting voor de Duitse ondernemingsraad tot *Vertrauensvolle Zusammenarbeit* met het ondernemingshoofd (§ 74 BetrVG). In Duitsland betekent dit dat de leden van de *Betriebsrat* uit hoofde van hun functie geen collectieve actie mogen organiseren. Het Europese beginsel kan nooit een dergelijke verregaande consequentie hebben nu de Europese wetgever het recht ontbeert op te treden op het terrein van het stakingsrecht.¹³⁰

125 Verslag Parlement (commissie werkgelegenheid) 20 juni 1991, A3-0179/91 en COM (91) 345 def, p. 4.

126 COM (94) 134 def, p. 14.

127 Vgl. Jaspers (2013), p. 299-300 die met betrekking tot de EOR-Richtlijn opmerkt dat de Europese wetgever vooral denkt aan een verbod van obstructie aan werkgevers- en werknemerskant.

128 Richtlijn 98/59/EG van de Raad van 20 juli 1998 betreffende de aanpassingen van de wetgevingen van de lidstaten inzake collectief ontslag (*PbEG* 1998, L 225/16).

129 In gelijke zin wat de EOR-Richtlijn betreft Lamers (1997), p. 133.

130 Zie ook Dorssemont (1999), p. 48-49.

3.8.2 De besluitvorming in de BOG

Elk BOG-lid heeft één stem. Voor de besluitvorming in de BOG geldt als hoofdregel een dubbele volstreekte meerderheid. Dat wil zeggen een volstreekte meerderheid van de leden die tevens de volstreekte meerderheid van de werknemers vertegenwoordigen (art. 3 lid 4 SE-Richtlijn). Een besluit tot vaststelling van de overeenkomst is een besluit dat de BOG met een dubbele volstreekte meerderheid kan nemen. Onder omstandigheden is een dubbele gekwalificeerde meerderheid vereist. Dit zijn de stemmen van twee derde van het aantal BOG-leden die ten minste twee derde van de werknemers uit twee lidstaten vertegenwoordigen.

Een dubbele gekwalificeerde meerderheid geldt indien de BOG besluit af te zien van onderhandelingen of reeds geopende onderhandelingen wenst te beëindigen (art. 16 lid 4 (b) Tiende Richtlijn).¹³¹ Beide besluiten hebben tot gevolg dat de nationale medezeggenschapsvoorschriften gaan gelden die van kracht zijn in de lidstaat waar de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap haar statutaire zetel vestigt. Deze besluiten leiden niet per definitie tot een inperking van de bestaande medezeggenschap. Illustratief is de situatie dat een Nederlandse structuurvennootschap met 1.000 werknemers fuseert met een Belgische NV waarbij de Nederlandse vennootschap als de verkrijgende vennootschap optreedt. De eerste uitzondering noopt tot toepassing van het alternatieve regime. Het besluit af te zien van onderhandelingen of deze af te breken heeft tot gevolg dat het Nederlandse recht van toepassing wordt zodat van een inperking van medezeggenschap geen sprake is. Het kan onder omstandigheden zelfs tactisch zijn van de onderhandelingen af te zien of de onderhandelingen af te breken. De BOG voorkomt zo dat via de wettelijke referentievoorschriften een grensoverschrijdend medezeggenschapsregime van toepassing wordt dat in de toekomst in beginsel geen wijzigingen meer zal ondergaan (vgl. paragraaf 3.10).

Een tweede besluit dat een dubbele gekwalificeerde meerderheid vereist, is de situatie dat het onderhandelingsresultaat uitmondt in een inperking van de medezeggenschapsrechten en de medezeggenschap voorafgaand aan de fusie ten miste 25% van het totale aantal werknemers van de deelnemende vennootschappen bestrijkt (art. 3 lid 4 SE-Richtlijn). Of van inperking sprake is, wordt bepaald aan de hand van de 'hoogste aantal-doctrine'. Het valt op dat het percentage van 25% niet is verhoogd naar 33%, terwijl voor het inwerkingtreden van de wettelijke referentievoorschriften wel een verhoging naar 33% heeft plaatsgevonden (art. 16 lid 3 (e) Tiende Richtlijn). Dat neemt niet weg dat ook nu het percentage van 33,3% leidend is. Een voorbeeld ter verduidelijking:

¹³¹ Deze bepaling is gelijk aan art. 3 lid 6 SE-Richtlijn.

Aan de fusie nemen de volgende vennootschappen deel: een Nederlandse structuur-NV, een Belgische NV en twee Belgische BVBA's. De Nederlandse structuur-NV heeft 3.500 werknemers in dienst. De Belgische vennootschappen hebben gezamenlijk in totaal 8.000 werknemers in dienst. De Belgische NV is de verkrijgende vennootschap. De eerste uitzondering treedt in werking. Er wordt een BOG samengesteld. Voor elke 10% van het totale werknemersbestand bestaat recht op een lid in de BOG. Dit betekent dat aan Nederland vier en aan België zeven leden toekomen. De Belgische werknemers zijn niet bekend met medezeggenschap en zien geen heil in onderhandelingen. De Nederlandse werknemers kunnen een besluit tot het niet aangaan van de onderhandelingen frustreren. Zij maken meer dan 25% van het totale aantal werknemers uit zodat een dergelijk besluit een dubbele gekwalificeerde meerderheid (dus: acht stemmen) vereist. Tijdens de onderhandelingen over een overeenkomst worden de BOG-leden het niet eens over de medezeggenschap die moet worden ingevoerd. De zeven Belgische BOG-leden wensen tot een medezeggenschapsvrije vennootschap te komen, maar missen (wederom) de vereiste dubbele gekwalificeerde meerderheid om hiertoe te besluiten. Na een half jaar verloopt de onderhandelingstermijn zonder dat een overeenkomst is gesloten. De referentievoorschriften treden niet direct in werking omdat minder dan 33,3% van de werknemers voorafgaand aan de fusie recht had op medezeggenschap (is 30,4%). De BOG moet aldus besluiten de referentievoorschriften alsnog van toepassing te verklaren. Dit besluit wordt met een dubbele volstreekte meerderheid genomen, hetgeen neerkomt op zes stemmen. De zeven Belgische BOG-leden kunnen nu alsnog voorkomen dat de uit de fusie ontstane vennootschap aan medezeggenschap onderworpen raakt.

Het bovenstaande voorbeeld laat zien dat het percentage voor een inperking van medezeggenschap en het niet aangaan of afbreken van de onderhandelingen weliswaar 25% betreft, maar – via de wisselwerking met de wettelijke referentievoorschriften – feitelijk op 33,3% neerkomt. Immers, indien slechts de Nederlandse werknemers medezeggenschap kennen en zij meer dan 25% maar minder dan 33,3% van het totale werknemersbestand uitmaken, kan de BOG met een dubbele volstreekte meerderheid komen tot een inperking van de medezeggenschapsrechten door de referentievoorschriften niet van toepassing te verklaren. Het risico dat de BOG hiertoe besluit, neemt toe naarmate het aantal BOG-leden dat niet bekend is met het concept medezeggenschap groter is. Dat op deze wijze tegen de wil van een bepaald percentage werknemers in tot een verarming van hun medezeggenschapsrechten kan worden besloten, is een bewust onderdeel van het compromis dat aan art. 16 Tiende Richtlijn ten grondslag ligt.

Witteveen meent – sprekend over de SE-Richtlijn – dat de Europese wetgever in nog twee andere situaties een dubbele gekwalificeerde meerderheid zou hebben bedoeld.¹³² Het gaat hem om (i) de situatie dat de hiervoor genoemde drempel van 25% niet wordt gehaald en de BOG besluit tot een inperking van de bestaande medezeggenschap en (ii) de situatie dat de BOG kiest voor een medezeggenschapsvorm die niet het meest geavanceerd is. Volgens Witteveen is ook dan sprake van

132 Witteveen (2004), p. 191-192. Witteveen baseert zijn standpunt op overweging 10 preambule SE-Richtlijn. Deze overweging is echter niet meer dan een uitgangspunt dat vervolgens concreet is uitgewerkt in de bepalingen van de SE-Richtlijn zelf. Nu de door Witteveen genoemde situaties niet nader zijn uitgewerkt, kan niet met verwijzing naar de preambule worden gesteld dat ook onder die omstandigheden een dubbele gekwalificeerde meerderheid geldt.

een inperking van medezeggenschap. Dit rechtvaardigt volgens hem dat een dubbele gekwalificeerde meerderheid moet gelden. Ik ben het niet met hem eens. Hoewel in de eerste door hem genoemde situatie sprake is van een inperking van medezeggenschap, is bewust gekozen voor een percentage van 25%. De Europese wetgever heeft het rechtvaardig geacht de vestigingsvrijheid te laten prevaleren. In de tweede situatie gaat het vanuit Europees perspectief zelfs niet om een inperking. De Europese definitie van medezeggenschap stelt alle vormen van medezeggenschap aan elkaar gelijk. Het inhoudelijke gehalte van de verschillende medezeggenschapsrechten is irrelevant voor het bepalen van het niveau van medezeggenschap op basis van de 'hoogste aantal-doctrine' en daarom ook voor de vraag of van een inperking sprake is. In mijn visie geldt in beide situaties voor de besluitvorming dus terecht de hoofdregel van een dubbele volstreckte meerderheid.

3.9 De overeenkomst tussen de besturen en de BOG

De onderhandelingen kunnen uitmonden in een overeenkomst die in de statuten van de uit de fusie ontstane vennootschap moet worden neergelegd.¹³³ De overeenkomst kan specifieke afspraken over de medezeggenschap bevatten, maar kan eveneens inhouden dat partijen de wettelijke referentievoorschriften van toepassing verklaren. De SE-Richtlijn is spaarzaam wat de inhoudelijke kant van de overeenkomst betreft.

Art. 4 lid 2 SE-Richtlijn bepaalt dat de inhoud van de overeenkomst betrekking heeft op de werkingssfeer van de overeenkomst, de regeling inzake medezeggenschap en de datum van inwerkingtreding, de looptijd en de gevallen waarin opnieuw over de overeenkomst moet worden onderhandeld. In het Brusselse coördinatie-overleg over de toepassing van de SE-Richtlijn werd gesteld dat genoemde onderwerpen gelden als minimumvoorschriften die te allen tijde in de overeenkomst een plaats moeten krijgen.¹³⁴ Ook in de Nederlandse literatuur wordt dit standpunt verdedigd.¹³⁵ Naar mijn mening is dit niet juist. Uit de woorden 'onverminderd de autonomie van partijen' volgt dat het partijen vrij staat om deze onderwerpen al dan niet in de overeenkomst op te nemen. De genoemde onderwerpen zijn niet meer dan een aanwijzing.¹³⁶ Deze (tekstuele) uitleg wint aan geloofwaardigheid doordat ook in andere bepalingen van de SE-Richtlijn en de Tiende Richtlijn het begrip 'onverminderd' wordt gebruikt in de betekenis 'met uitzondering van',¹³⁷ terwijl het begrip 'ten minste' wordt gehanteerd om aan te duiden dat iets een bepaalde

133 Ingevolge art. 12 lid 4 SE-Verordening moeten de statuten die in strijd zijn met de medezeggenschapsregeling worden gewijzigd. Deze plicht komt er in feite op neer dat de medezeggenschapsregeling in de statuten dient te worden uitgewerkt.

134 Rapport van de Group of Experts van 27 juni 2003, 'Conclusions of the expert groep', p. 8.

135 Zie voor de SE-Richtlijn Witteveen (2004), p. 199-200. Lamers (1997), p. 135 is eenzelfde opvatting toegedaan in relatie tot art. 6 lid 2 EOR-Richtlijn.

136 Honée (1994), p. 261 hanteert ten aanzien van de EOR-Richtlijn een soortgelijke redenering.

137 Zie bijvoorbeeld art. 4 lid 4 en art. 7 lid 1 SE-Richtlijn en art. 16 lid 1 Tiende Richtlijn.

minimuminhoud moet hebben.¹³⁸ Had de Europese wetgever de genoemde onderwerpen voor de overeenkomst dwingend willen voorschrijven, dan was wel voor deze laatste bewoording gekozen. Dit neemt niet weg dat het niet opnemen van deze onderwerpen moeilijkheden kan opleveren bij de interpretatie en naleving van de overeenkomst. Praktisch bekeken hebben partijen een gemeenschappelijk belang de genoemde onderwerpen te regelen.

De partijautonomie wordt mijns inziens wel begrensd doordat de overeenkomst een medezeggenschapsregeling moet bevatten die voldoet aan het effectiviteitsbeginsel. Is dat niet het geval, dan komt geen overeenkomst in de zin van art. 4 SE-Richtlijn tot stand en treden na afloop van de onderhandelingsstermijn de wettelijke referentievoorschriften in werking. Partijen bepalen zelf welke vorm van medezeggenschap wordt ingevoerd alsmede het proportionele aantal leden van het toezichthoudende, leidinggevende en/of bestuursorgaan bij wier benoeming medezeggenschap geldt. Ook kunnen partijen afspreken welke werknemers dit recht hebben (de werknemers van de deelnemende vennootschappen en/of de werknemers van de betrokken dochterondernemingen en vestigingen) en op welke wijze het recht wordt uitgeoefend (direct of indirect). Indien de overeenkomst geen bepaling kent over de looptijd en in geen enkele situatie tot heronderhandelen verplicht, zal de medezeggenschapsregeling in de vennootschap blijven gelden totdat partijen in gezamenlijk overleg tot andere afspraken komen. Deze regel lijdt uitzondering indien de betreffende vennootschap op een later moment grensoverschrijdend of binnen drie jaar nationaal fuseert. In dat laatste geval verplicht art. 16 lid 7 Tiende Richtlijn tot nieuwe onderhandelingen.

Hoewel de overeenkomst is aangegaan tussen de BOG en de deelnemende vennootschappen bevat de overeenkomst rechten en verplichtingen voor de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap. Bij oprichting van een SE (niet door grensoverschrijdende fusie) is de moeilijkheid dat de nog op de richten vennootschap niet bij voorbaat kan worden belast met verplichtingen die zijn ontstaan voorafgaand aan de oprichting. Om die reden bepaalt de SE-Verordening in art. 16 lid 2 dat namens de SE in oprichting rechtshandelingen kunnen worden verricht.¹³⁹ Deze problematiek doet zich bij een grensoverschrijdende fusie niet voor. Het vermogen van de deelnemende vennootschappen gaat als gevolg van de fusie van rechtswege over op de ontstane vennootschap. Verbintenissen maken onderdeel uit van het vermogen, zodat de ontstane vennootschap door de fusie van rechtswege is gebonden aan de overeenkomst inzake medezeggenschap. Dit geldt niet voor de betrokken dochterondernemingen. Nu de betrokken dochterondernemingen geen partij zijn bij de overeenkomst en ook door de fusie bij de overeenkomst geen partij worden, kan slechts de uit de fusie ontstane vennootschap

¹³⁸ Zie art. 4 lid 5 jo. overweging 4 preambule Tiende Richtlijn.

¹³⁹ Indien de SE na de inschrijving de uit deze handelingen voortvloeiende verbintenissen niet overneemt, zijn de natuurlijke personen, vennootschappen of andere juridische lichamen die de handelingen hebben verricht hoofdelijk en onbeperkt aansprakelijk, tenzij anders is overeengekomen.

op naleving van de overeenkomst worden aangesproken. Dit acht ik niet problematisch. De moedervennootschap heeft het in beginsel in haar macht om ervoor te zorgen dat haar dochterondernemingen de bij overeenkomst opgelegde verplichtingen nakomen.

3.10 De wettelijke referentievoorschriften

Deel 3 van de bijlage onder (b) SE-Richtlijn bepaalt hoe de medezeggenschap conform de wettelijke referentievoorschriften vorm krijgt in de uit de fusie ontstane vennootschap. Witteveen merkte voor de SE-Richtlijn op dat de formulering slordig, inconsistent, onvolledig en daardoor haast onbegrijpelijk is.¹⁴⁰ Voor de Tiende Richtlijn komt daar bij dat de regeling moeilijk één op één toepasbaar is op een grensoverschrijdende fusie. Gezien het belang van de referentievoorschriften had de Europese wetgever er goed aan gedaan deze regeling specifiek voor de Tiende Richtlijn opnieuw te formuleren. Het is opmerkelijk dat de lidstaten meer dan dertig jaar hebben onderhandeld over het medezeggenschapsdossier en zo weinig tijd en moeite lijken te hebben besteed aan een heldere formulering van de referentievoorschriften. Daar zijn de verschillende visies op het concept medezeggenschap zeker debet aan. Voorts zal hebben meegespeeld dat werd verwacht dat een specifieke uitwerking slechts tot een nadere discussie zou leiden over de verschillende details.

De referentievoorschriften omvatten voorschriften over (i) het toepassingsbereik van de referentievoorschriften, (ii) de mate en vorm van het medezeggenschapssysteem en (iii) de verdeling van de medezeggenschapsrechten over het gehele Europese werknemersbestand. Kenmerkend aan de referentievoorschriften is dat het grensoverschrijdende medezeggenschapssysteem dat tot stand komt – de vorm, de mate en de wijze van verdeling – in beginsel niet meer wijzigt. Het resultaat wordt zeggend ‘bevroren’.¹⁴¹

Op grond van de hoofdregel is de uit de fusie ontstane vennootschap overigens medezeggenschapsvrij indien de deelnemende vennootschappen niet aan enig medezeggenschapssysteem zijn onderworpen. Deze regel is voor de Tiende Richtlijn niet van belang, omdat bij het ontbreken van medezeggenschap de uitzonderingen van art. 16 lid 2 Tiende Richtlijn niet opgaan en dus ook het alternatieve regime niet in werking treedt.

¹⁴⁰ Witteveen (2004), p. 202-203.

¹⁴¹ Vgl. Nikoleyczik & Führ (2010), p. 1749; Van het Kaar (2010), p. 26; Müller-Bonnni & Münterfering (2009a), p. 1702; Brandes (2008), p. 2193-2194; Witteveen (2004), p. 220; Buijs (2001), p. 128. Een uitzondering doet zich voor indien de uit de fusie ontstane vennootschap binnen drie jaar nationaal juridisch fuseert (art. 16 lid 7 Tiende Richtlijn).

3.10.1 Het toepassingsbereik

De referentievoorschriften fungeren als een zogenoemde vangnetregeling. De Europese wetgever tracht zo te voorkomen dat bestaande medezeggenschap verdwijnt doordat partijen niet tot overeenstemming komen. Maar niet alleen dan vervullen de referentievoorschriften een functie. Het is ook mogelijk dat partijen tijdens de onderhandelingen hun toevlucht nemen tot de referentievoorschriften of dat de deelnemende vennootschappen zich hierop verlaten om het onderhandelings-traject te vermijden.

Bij overeenkomst of door tijdsverloop

De onderhandelingspartijen kunnen in de overeenkomst de referentievoorschriften van toepassing verklaren. Het staat partijen binnen beperkte grenzen immers vrij af te spreken wat ze willen. De referentievoorschriften treden eveneens in werking na afloop van de onderhandelingstermijn van zes maanden (met een mogelijke verlenging tot een jaar) nadat de BOG is ingesteld. Voorwaarde is wel dat partijen niet tot een overeenkomst zijn gekomen, de BOG niet heeft besloten de onderhandelingen niet aan te gaan of te beëindigen en het bestuur van elke deelnemende vennootschap met toepassing van de referentievoorschriften heeft ingestemd.

Voor het van toepassing zijn van de referentievoorschriften geldt als aanvullende voorwaarde dat (i) ten minste 33,3% van het totale aantal werknemers van de deelnemende vennootschappen voorafgaand aan de fusie was onderworpen aan medezeggenschap of (ii) de BOG – bij overschrijding van het percentage – tot toepassing van de referentievoorschriften besluit (art. 7 lid 2 SE-Richtlijn).¹⁴² Het in de SE-Richtlijn neergelegde percentage van 25% is in de Tiende Richtlijn verhoogd naar 33,3% (art. 16 lid 3 (e) Tiende Richtlijn). Klaarblijkelijk vond de Europese wetgever het percentage van 25% voor een grensoverschrijdende fusie niet afdoende. Het percentage is nogal arbitrair.¹⁴³ De drempel moet voorkomen dat bij een (te) geringe mate van medezeggenschap voorafgaand aan de fusie de uit de fusie ontstane vennootschap aan medezeggenschap zal zijn onderworpen zonder dat de meerderheid van de werknemers (vertegenwoordigd in de BOG) dit wenst. Voor het percentage zijn de werknemers van de deelnemende vennootschappen relevant. De SE-Richtlijn maakt niet duidelijk op welk moment men moet nagaan of aan het percentage is voldaan. Gaat het om het moment dat de BOG is ingesteld, het

¹⁴² De toegevoegde waarde van deze voorwaarde is gering indien partijen bij overeenkomst tot toepassing van de wettelijke referentievoorschriften hebben besloten. Het is niet aannemelijk dat de BOG bij overschrijding van het percentage een besluit neemt dat van de overeenkomst afwijkt.

¹⁴³ De Franse en Spaanse delegaties wilden de drempel oorspronkelijk verhogen tot 50%. Zie het verslag van de Groep sociale vraagstukken van de Raad van de Europese Unie 30 juni 2004 (12.07), 10934/04, p. 10. Uiteindelijk hebben de lidstaten een compromis bereikt over een verhoging van het percentage tot 33,3%. Bij de aanname van de Tiende Richtlijn heeft Denemarken verklaard het niet opportuun te vinden dat het percentage was verhoogd. Zie het addendum bij de nota I/A-punt van het secretariaat van de Raad van de Europese Unie 5 september 2005, 2003/0277 (COD).

moment van bekendmaking van het fusievoorstel of het moment waarop duidelijk wordt dat de referentievoorschriften van toepassing zijn? Het heeft mijn voorkeur te kijken naar het gemiddelde aantal werknemers over een periode van zes maanden voorafgaand aan de openbaarmaking van het gezamenlijke fusievoorstel. Dit voorkomt dat de deelnemende vennootschappen tijdens de onderhandelingen met de werknemersaantallen kunnen schuiven om het percentage te beïnvloeden.

Verklaart de BOG bij overschrijding van het percentage de referentievoorschriften niet van toepassing, dan wordt de medezeggenschap na de fusie beheerst door het nationale recht zoals dat geldt in het vestigingsland. Een termijn waarbinnen de BOG haar besluit moet nemen, is niet gegeven. Gezien de onderhandelingsduur van zes maanden ligt een termijn van één tot twee maanden in de rede.¹⁴⁴

Tot slot. De lidstaten kunnen bepalen dat de referentievoorschriften niet inwerking-treden door tijdsverloop (art. 7 lid 3 SE-Richtlijn). Bepaalde lidstaten vreesden dat medezeggenschap zou worden geïmporteerd zonder dat daarover tussen partijen overeenstemming bestond. Maakt een lidstaat van deze uitsluitingsmogelijkheid gebruik, dan kan de uit de fusie ontstane vennootschap haar statutaire zetel niet in die lidstaat vestigen indien over de medezeggenschap geen overeenstemming is bereikt. Voor zover mij bekend, heeft geen enkele lidstaat de uitzondering geïmplementeerd.

Bij besluit van het daartoe bevoegd orgaan

In aanvulling op de SE-Richtlijn hebben de betrokken organen van de deelnemende vennootschappen de mogelijkheid direct – dus zonder onderhandelingen – de referentievoorschriften van toepassing te verklaren op de uit de fusie ontstane vennootschap (art. 16 lid 4 (a) Tiende Richtlijn). De bepaling is op Brits voorstel in de Tiende Richtlijn opgenomen en wordt doorgaans als een verbetering beschouwd.¹⁴⁵ Het bestuur kan onzekerheden vermijden, tijd winnen en kosten besparen. Er hoeft geen BOG te worden ingesteld en het bestuur kan de verplichte onderhandelingstermijn van een half jaar overslaan. Hoewel bij de oprichting van een SE eenzelfde resultaat kan worden bereikt wanneer het bestuur en de BOG tijdens de onderhandelingen de referentievoorschriften van toepassing verklaren, is hiervoor de medewerking van de BOG vereist. Weigert de BOG haar instemming, dan is het bestuur genoodzaakt de onderhandelingstermijn ‘uit te zitten’.

De bevoegdheid tot het direct van toepassing verklaren van de referentievoorschriften is toegekend aan de betrokken organen van de deelnemende vennootschappen. Dit kan het bestuur, maar ook de algemene vergadering zijn. Deze vage omschrijving biedt de lidstaten de vrijheid zelf te bepalen welk orgaan hiertoe bevoegd is. Het besluit moet worden genomen voordat de onderhandelingen een aanvang nemen.¹⁴⁶ De uit de fusie ontstane vennootschap is vanaf de datum van

¹⁴⁴ Vgl. Van Veen (2012), p. 86.

¹⁴⁵ Vgl. Pannier (2005), p. 1440; Wiesner (2005), p. 92.

¹⁴⁶ Dit valt op te maken uit de zinsnede ‘zonder voorafgaande onderhandelingen’. Anders Behrens (2007), p. 214.

inschrijving in het register verplicht zich te houden aan de uitkomst van de referentievoorschriften (art. 12 SE-Verordening). Het was praktischer geweest aan te sluiten bij het moment dat de grensoverschrijdende fusie van kracht wordt. De inschrijving in het register is niet in alle lidstaten een constitutief vereiste.

Het is onduidelijk of het in de vorige paragraaf besproken art. 7 lid 2 SE-Richtlijn gelding heeft indien het bestuur direct tot toepassing van de referentievoorschriften besluit. Storm gaat hier zonder nadere motivering vanuit.¹⁴⁷ Ik onderschrijf zijn aannahme niet. De drempel van 33,3% heeft als doel een ongewild door de wetgever opgelegd medezeggenschapsregime te voorkomen indien slechts een beperkt aantal werknemers voorafgaand aan de fusie recht had op medezeggenschap. Toepassing van de referentievoorschriften werd onder die omstandigheden in strijd geacht met de partijautonomie op grond waarvan de onderhandelingen hadden plaatsgevonden. Dit argument gaat niet op indien de bevoegde organen van de deelnemende vennootschappen zonder onderhandelingen direct de referentievoorschriften van toepassing verklaren. Bovendien is in deze situatie geen BOG ingesteld die bij overschrijding van het percentage kan besluiten de referentievoorschriften alsnog van toepassing te verklaren. Terecht stelt Storm dat dit laatste aspect valt op te lossen door een BOG in te stellen. Hij doet daarmee wel het grootste voordeel van het direct kiezen voor de referentievoorschriften teniet.

3.10.2 De mate en vorm van medezeggenschap

Bij de beantwoording van de vraag tot welk medezeggenschapssysteem de referentievoorschriften leiden, moet men een onderscheid maken tussen het aantal medezeggenschapsrechten en de vorm van medezeggenschap. Het aantal wordt bepaald op basis van de 'hoogste aantal-doctrine'. De uit de fusie ontstane vennootschap raakt onderworpen aan het hoogste aantal medezeggenschapsrechten dat voorafgaand aan de fusie in de deelnemende vennootschappen gelding heeft. Het gaat niet om het absolute maar om het proportionele aantal medezeggenschapsrechten. De 'hoogste aantal-doctrine' sluit verder – net als de tweede uitzondering van art. 16 Tiende Richtlijn – aan bij een zuiver kwantitatief criterium (vgl. paragraaf 3.5.4). De aanbevelings- en bezwaarrechten enerzijds en de keuze- en benoemingsrechten anderzijds zijn aan elkaar gelijkgesteld. Het orgaan waarop de medezeggenschap betrekking heeft, is evenmin relevant. Dit geldt ook voor de vennootschappelijke elementen die aan het medezeggenschapsrecht zijn verbonden, zoals de taken en bevoegdheden van het betreffende orgaan. Deze elementen worden na de fusie vormgegeven door het op de vennootschap van toepassing zijnde nationale vennootschapsrecht.

De 'hoogste aantal-doctrine' geeft geen uitsluitsel over de vorm van de medezeggenschap. De referentievoorschriften geven ook elders niet aan welke medezeggen-

¹⁴⁷ Storm (2006), met name noot 32.

schapsvorm binnen de uit de fusie ontstane vennootschap gelding krijgt.¹⁴⁸ Er doet zich geen probleem voor indien in de deelnemende vennootschappen slechts één medezeggenschapsvorm bestaat. In het licht van het ‘voor en na-beginsel’ wordt die vorm na de fusie van toepassing. Het is lastiger wanneer binnen de deelnemende vennootschappen meerdere vormen van medezeggenschap bestaan. In deze situatie biedt art. 7 lid 2 (b) laatste alinea SE-Richtlijn uitsluitel. Dit artikel kent aan de BOG de bevoegdheid toe te besluiten welke vorm wordt ingevoerd. Witteveen meent dat art. 7 lid 2 (b) SE-Richtlijn niet de vereiste duidelijkheid biedt.¹⁴⁹ Ik ben het niet met hem eens. Naar mijn mening kan het artikel slechts op één manier worden gelezen. Als aan de in art. 7 lid 1 en lid 2 neergelegde voorwaarden is voldaan, zijn de referentievoorschriften van toepassing en kan de BOG op grond van de laatste alinea tussen de bestaande vormen een keuze maken.¹⁵⁰ De opmaak van de bepaling maakt duidelijk dat de keuzebevoegdheid uit de laatste alinea betrekking heeft op alle oprichtingsvarianten van een SE en dus eveneens geldt bij een grensoverschrijdende fusie op basis van de Tiende Richtlijn.¹⁵¹ Wetstechnisch beschouwd, neemt de BOG eerst een besluit over de vorm en wordt eerst dan de mate van medezeggenschap bepaald op basis van de ‘hoogste aantal-doctrine’. In de praktijk zullen de besluiten samenvallen.

De lidstaten kunnen regels vaststellen voor het geval de BOG verzuimt tussen de vormen een keuze te maken. ‘Kunnen’ moet men lezen als ‘moeten’. Zonder dergelijke regels kan de medezeggenschap bij het uitblijven van een BOG-besluit niet worden uitgeoefend.¹⁵² Indien het bestuur zonder onderhandelingen de referentievoorschriften van toepassing verklaart op grond van art. 16 lid 4 (a) Tiende Richtlijn, komt aan art. 7 lid 2 SE-Richtlijn analoge toepassing toe. De vorm wordt dan – vanwege het ontbreken van een BOG – bepaald aan de hand van de door de lidstaat vastgestelde regels.

3.10.3 De verdeling en uitoefening van medezeggenschap

Deel 3 (b) van de bijlage kent het recht op medezeggenschap toe aan de werknemers van de deelnemende vennootschappen, betrokken dochterondernemingen en vesti-

148 Volgens Heuschmid (2006), p. 184 en 189 en Behrens (2007), p. 219 is uit de laatste zin van deel 3 bijlage (b) derde alinea SE-Richtlijn mogelijk af te leiden dat iedere lidstaat zelf kan beslissen in welke vorm de werknemers op zijn grondgebied de aan hen toegekende medezeggenschapsrechten uitoefenen. Beide auteurs erkennen terecht dat een dergelijke uitleg niet voor de hand ligt.

149 Dat de vorm door de BOG en het aantal door de ‘hoogste aantal-doctrine’ wordt bepaald, acht Witteveen (2004), p. 189 een paradoxale en waarschijnlijk niet bedoelde situatie. Aan het alternatief dat inhoudt dat ofwel de ‘hoogste aantal-doctrine’ ofwel de door de BOG te maken keuze prevaleert, kleven volgens Witteveen eveneens bezwaren. De vraag hoe deze door hem geconstateerde onduidelijkheid moet worden opgelost, beantwoordt hij echter niet.

150 In gelijke zin Gepken-Jager (2003), p. 339.

151 Dit standpunt wordt ook in de Duitse literatuur gehuldigd door Habersack (2013), p. 880 (§ 34, Rn. 20 en 22).

152 Zo ook Behrens (2007), p. 220-221.

gingen en/of hun vertegenwoordigingsorgaan. Dit is één van de weinige keren dat de Europese wetgever de werknemers van betrokken dochterondernemingen direct noemt als relevant bij de toepassing van de Tiende Richtlijn.¹⁵³ Ik gaf eerder aan dat de Europese wetgever (de medezeggenschapsrechten van) deze werknemers naar alle waarschijnlijkheid geen rol heeft toegekend omdat een betrokken dochteronderneming haar rechtsvorm behoudt bij een grensoverschrijdende fusie van de moeder. Vanuit die gedachte is het vreemd dat deze werknemers wel een rol hebben gekregen bij de uitoefening van de medezeggenschap in de uit de fusie ontstane vennootschap. De enige reden die ik kan bedenken is dat de Europese wetgever het van belang achtte de werknemers van betrokken dochterondernemingen te betrekken bij het reilen en zeilen in de moedervennootschap. Het gevolg van deze bepaling is dat de werknemers van betrokken dochterondernemingen na de fusie zowel ten aanzien van de eigen werkgever (de dochter) als ten aanzien van de uit de fusie ontstane vennootschap (moeder) recht kunnen hebben op medezeggenschap. De Tiende Richtlijn stelt het nationale medezeggenschapsrecht voor de betrokken dochtervennootschappen namelijk niet buiten werking.

Deel 3 (b) van de bijlage kent het recht op medezeggenschap tevens toe aan het vertegenwoordigingsorgaan. Een aantal Duitse auteurs meent dat op de SE-OR is gedoeld.¹⁵⁴ In dat geval zou de verwijzing voor de Tiende Richtlijn van geen betekenis zijn. Naar mijn mening doelt het begrip 'vertegenwoordigingsorgaan' niet op de SE-OR, maar op het nationale vertegenwoordigingsorgaan dat de werknemers in de betreffende onderneming(en) vertegenwoordigt. Ik leid dit af uit de systematiek van deel 3 (b) van de bijlage. Bij de oprichting van een SE verdeelt de SE-OR de medezeggenschapsrechten over de werknemers uit de verschillende lidstaten. Deze bevoegdheid staat eraan in de weg dat de SE-OR de medezeggenschapsrechten zelfstandig uitoefent. Dat art. 2 (f) SE-Richtlijn onder het begrip vertegenwoordigingsorgaan de SE-OR verstaat, acht ik een weinig overtuigend argument. De SE-Richtlijn gebruikt vaker het begrip vertegenwoordigingsorgaan ter duiding van het nationale vertegenwoordigingsorgaan.¹⁵⁵

De wijze waarop het aantal medezeggenschapsrechten over de werknemers (vertegenwoordigers) uit de diverse lidstaten wordt verdeeld, blijkt uit de derde alinea van bijlage 3 (b). In een SE is de SE-OR bevoegd de medezeggenschapsrechten te verdelen. De Tiende Richtlijn is met dit orgaan onbekend. Nu de Tiende Richtlijn voor deze lacune geen alternatief biedt, hebben de lidstaten de vrijheid met een eigen oplossing te komen. Het ligt voor de hand de bevoegdheid tot verdeling aan de BOG toe te kennen. Voordeel is dat de BOG een – met de SE-OR vergelijkbare – Europese samenstelling kent. De oplossing kent als bezwaar dat alsnog een BOG moet worden opgericht indien de besturen zonder onderhandelin-

153 De werknemers van betrokken dochterondernemingen en buitenlandse vestigingen hebben daarnaast een rol bij de samenstelling van de BOG (art. 3 lid 2 SE-Richtlijn).

154 Behrens (2007), p. 218.

155 Zie bijvoorbeeld art. 3 lid 2 (b) derde alinea SE-Richtlijn.

gen de wettelijke referentievoorschriften van toepassing hebben verklaard. Het is dan weinig praktisch alleen voor de verdeling van medezeggenschap een BOG op te richten.¹⁵⁶ De bevoegdheid kan in dat geval beter worden toegekend aan de hoogste nationale medezeggenschapsorganen die bij de deelnemende vennootschappen zijn ingesteld. Hoewel bij deze laatste oplossing waarschijnlijk niet het gehele Europese werknemersbestand zal zijn vertegenwoordigd, is dit legitimiteitsgebrek te overzien nu de verdeling dwingendrechtelijk is bepaald.

Hoe geschiedt nu de verdeling? De hoofdregel gaat uit van een verdeling op basis van proportionaliteit. De bepaling is zeer complex en haast onbegrijpelijk geformuleerd. De tekst lijkt een onderscheid te maken tussen benoemingsrechten enerzijds en aanbevelings- of bezwaarrechten anderzijds. Begrijp ik het goed, dan wordt het aantal benoemingsrechten naar proportionaliteit verdeeld over de leden die de werknemers van de onderscheiden lidstaten vertegenwoordigen. Gaat het om een aanbevelings- of bezwaarrecht, dan wordt besloten over de wijze waarop de werknemers dit recht kunnen uitoefenen. Met ‘de wijze waarop’ kan niet zijn bedoeld op de wijze waarop de rechten worden uitgeoefend. De uitoefening is overgelaten aan het nationale recht van de lidstaten (derde alinea, laatste zin). Het is aannemelijk dat – net als bij de benoemingsrechten – is bedoeld op de verdeling van de medezeggenschapsrechten onder het totale Europese werknemersbestand. De zin aan het slot van de alinea die inhoudt dat ‘*de verdeling moet plaatsvinden naar verhouding van het aantal werknemers dat in elke lidstaat in dienst van de SE is*’, slaat namelijk terug op zowel de benoemings-, als de aanbevelings- en bezwaarrechten. De toepassing van de hoofdregel kan als volgt worden geïllustreerd:

Bij de fusie zijn drie deelnemende vennootschappen betrokken: een Duitse AG met 500 werknemers, een Nederlandse NV met 500 werknemers en een Belgische NV met 250 werknemers. De verdeling naar proportionaliteit komt neer op Duitsland (40%), Nederland (40%) en België (20%). In de uit de fusie ontstane vennootschap bestaat de medezeggenschap uit een aanbevelingsrecht ten aanzien van twee leden van het bestuursorgaan. De hoofdregel heeft tot gevolg dat de werknemers uit Duitsland en Nederland allebei één aanbevelingsrecht krijgen toebedeeld. De Belgische werknemers vallen op basis van de hoofdregel buiten de boot.

Zodra men in de derde alinea van bijlage 3 (b) verder leest, doemt de volgende onduidelijkheid op. In aanvulling op de hoofdregel is bepaald dat ‘*indien die verhoudingsgewijze verdeling meebrengt dat de werknemers van een of meer lidstaten niet vertegenwoordigd worden, het vertegenwoordigingsorgaan (het orgaan dat de medezeggenschap verdeelt: FL) een lid benoemt dat afkomstig is uit een van die lidstaten, met name uit de lidstaat waar de vennootschap haar statutaire zetel heeft indien dat nodig is*’. Ik raak hier het spoor bijster. Het benoemen van een lid? Betekent deze zinsnede dat het tot verdeling bevoegde vertegenwoordigingsorgaan een lid benoemt in het toezichthoudende, leidinggevende of bestuursorgaan? Dat lijkt mij niet het geval te zijn. Het zijn de nationale werknemers die het

¹⁵⁶ In gelijke zin Müller-Bonanni & Müntefering (2009a), p. 1701.

medezeggenschapsrecht uitoefenen. Waarschijnlijk doelt ‘het benoemen van een lid’ op het toekennen van een medezeggenschapsrecht. In dat geval geeft deze regel een afwijking op de hoofdregel. Een lidstaat die ingevolge de hoofdregel geen medezeggenschapsrecht heeft toebedeeld gekregen, kan via deze weg alsnog een medezeggenschapsrecht claimen. In het bovengenoemde voorbeeld komt dat recht toe aan België. Vervalt dan het recht van Duitsland of van Nederland? Als dat zo zou zijn, heeft de hoofdregel weinig waarde en ontbreekt iedere consistentie in de formulering. Ik zie daarvoor geen rechtvaardiging. Hoewel het haast onmogelijk is deze twee elementen in verhouding tot elkaar uit te leggen, lijkt mij de meest logische uitleg dat de uitzondering aan lidstaten een bevoegdheid (en geen plicht) geeft tot afwijking van de hoofdregel. Deze uitleg is evenwel niet eenduidig uit de tekst op te maken.

Verder valt op dat de derde alinea van bijlage 3 (b) spreekt over werknemers van de SE (hier: de uit de fusie ontstane vennootschap),¹⁵⁷ terwijl de tweede alinea het recht op medezeggenschap eveneens aan de werknemers van betrokken dochterondernemingen toekent. Dit valt niet te rijmen. Als de werknemers van dochterondernemingen niet in de verdeling worden betrokken, dan hebben zij feitelijk ook geen recht op medezeggenschap. Heeft de Europese wetgever dit bewust gedaan of is sprake van onzorgvuldigheid? Ik meen dat het laatste speelt. Voor een bewuste opzet ontbreekt enige logische verklaring. Maar welke alinea vermeldt nu het juiste antwoord? Moeten werknemers van de betrokken dochterondernemingen wel of niet in de verdeling worden betrokken? Witteveen houdt het erop dat ook bij de verdeling is gedoeld op de werknemers van dochterondernemingen.¹⁵⁸ Een motivering geeft hij echter niet. Ik sluit niet uit dat de tweede alinea ten onrechte de werknemers van dochtervennootschappen noemt. Daarvoor acht ik relevant dat dit één van de weinige keren is dat de Tiende Richtlijn belang toekent aan de werknemers van betrokken dochterondernemingen en de medezeggenschapsrechten van deze werknemers in beginsel niet worden bedreigd door een grensoverschrijdende fusie van de moeder.

Tot slot de wijze waarop men het medezeggenschapsrecht uitoefent. Dit aspect heeft betrekking op de verkiezingsprocedure: wie kan zich verkiesbaar stellen en wie is bevoegd kandidatenlijsten in te dienen. De laatste zin van bijlage 3 (b) derde alinea stelt: *‘Elke lidstaat kan bepalen hoe de aan hem toegewezen zetels in het toezichthoudend of het bestuursorgaan wordt verdeeld’*. Het woord ‘zetels’ is niet handig gekozen. Het lijkt alsof de werknemers de zetel kunnen invullen zoals het hen goeddunkt, terwijl aanbevelings- en bezwaarrechten waarvan de uitkomst niet juridisch afdwingbaar zijn eveneens onder het medezeggenschapsbegrip vallen. Het woord ‘zetels’ moet men dan ook lezen als ‘medezeggenschapsrechten’. Het is het nationale recht van de lidstaat waar de werknemers werkzaam zijn dat bepaalt hoe aan het aan de werknemers toegekende medezeggenschapsrecht uitvoering wordt gegeven.

¹⁵⁷ Hieronder vallen wel de (buitenlandse) vestigingen, nu vestigingen deel uitmaken van de juridische entiteit van de uit de fusie ontstane vennootschap.

¹⁵⁸ Witteveen (2004), p. 203.

3.11 De bestuursstructuur na de fusie

Medezeggenschap is in de regel toegesneden op een specifieke bestuursstructuur. Binnen de Europese Unie bestaan grofweg twee soorten bestuursstructuren: een monistische en een dualistische structuur. Beide bestuursstructuren kennen een eigen opzet. Het monistische systeem kent twee organen. Het bestuur en de algemene vergadering. Het bestuursorgaan heeft zowel uitvoerende als toezicht-houdende taken. Doorgaans bestaat het bestuursorgaan uit uitvoerende leden die zich bezig houden met het dagelijks bestuur en niet-uitvoerende leden die hierop toezicht houden. Ook is mogelijk dat naast het bestuur een uitvoerend comité wordt gecreëerd waarvan de (uitvoerende) bestuurders al dan niet lid zijn. De taken die in het monistische systeem door de niet-uitvoerende bestuursleden worden vervuld, zijn in het dualistische systeem opgedragen aan een afzonderlijk toezichthoudend orgaan. In een dualistische structuur bestaat een duidelijker onderscheid tussen de personen die verantwoordelijk zijn voor de dagelijkse leiding en de personen die daarop toezicht houden. Opgemerkt zij, dat er in de praktijk niet één monistische en niet één dualistische bestuursstructuur bestaat. In statuten en reglementen kan aan de bestuursstructuur vorm en inhoud worden gegeven op een wijze die het beste past bij de door de vennootschap gedreven onderneming.¹⁵⁹

De bestuursstructuur van de uit de fusie ontstane vennootschap is onderworpen aan het op de vennootschap toepasselijke nationale recht. Anders dan bij de oprichting van de SE, hebben nationale vennootschappen niet altijd een keuze. Het is het nationale recht dat bepaalt of de vennootschap kan kiezen tussen een monistische of dualistische bestuursstructuur dan wel gedwongen is één van beide structuren te hanteren.¹⁶⁰ Van Boxel koppelt de bestuursstructuur ten onrechte aan de medezeggenschap. Volgens hem is de uit de fusie ontstane vennootschap gehouden die bestuursstructuur in te voeren waarbinnen de medezeggenschap voorafgaand aan de fusie toepassing had. Hij noemt als voorbeeld de situatie dat de wettelijke referentievoorschriften leiden tot toepassing van het Zweedse systeem dat de werknemers een recht tot benoeming geeft van een derde van de leden van de monistische board. Volgens van Boxel zal de uit de fusie ontstane Nederlandse vennootschap in een dergelijke situatie moeten voorzien in een monistische bestuursstructuur.¹⁶¹ Van Boxel verwijst ter motivering naar art. 16 lid 6 Tiende Richtlijn. Deze bepaling luidt: *'Indien evenwel ten minste één van de aan de fusie deelnemende vennootschappen werkt met een stelsel van werknemersmedezeggenschap en de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap volgens de in lid 2 bedoelde voorschriften onder een dergelijk stelsel moet vallen, is die vennoot-*

¹⁵⁹ Seinstra (2008), p. 74; Dumoulin (2005), p. 268.

¹⁶⁰ Voor een overzicht van de bestuursstructuren in de verschillende lidstaten wordt verwezen naar de Country Reports on the Practice and Impact of Corporate Governance Codes', gepubliceerd in ECL 2004/2.

¹⁶¹ Van Boxel (2011), p. 364-365. Roest (2007), p. 713 (met name voorbeeld 4) lijkt een soortgelijke mening te zijn toegedaan.

schap verplicht een rechtsvorm aan te nemen die de uitoefening van medezeggenschapsrechten mogelijk maakt'.

Ik onderschrijf deze visie niet. Het gaat mijns inziens (veel) te ver uit deze algemeen omschreven bepaling af te leiden dat vennootschappen onder omstandigheden een bestuursstructuur moeten aannemen die niet in het nationale recht van het vestigingsland is geregeld. Bovendien spreekt art. 16 lid 6 Tiende Richtlijn over de rechtsvorm en niet over de bestuursstructuur. Ook de Engelse tekst gebruikt de term *'legal form'*. Ik lees de bepaling zo dat lidstaten de uitoefening van medezeggenschap in algemene zin mogelijk moeten maken. Dit kan gebeuren in zowel een monistische als een dualistische bestuursstructuur. Een nadere indicatie voor deze uitleg biedt de parlementaire geschiedenis inzake art. 16 lid 4 (c) Tiende Richtlijn. De Scandinavische lidstaten vreesden dat het Duitse pariteitsmodel op grond van het MitbestG na een fusie van toepassing zou worden op het bestuursorgaan in de Zweedse monistische bestuursstructuur.¹⁶² Als oplossing is art. 16 lid 4 (c) in de Tiende Richtlijn opgenomen. De tekst bepaalt: *'Wanneer echter in een van de fuserende vennootschappen ten minste een derde van de leden van het toezicht-houdende of het bestuursorgaan werknemersvertegenwoordigers waren, kan het aantal nooit zodanig worden beperkt dat in het bestuursorgaan minder dan een derde van de leden werknemersvertegenwoordigers zijn.'* De bepaling gaat er vanuit dat een medezeggenschapregeling die voorafgaand aan de fusie in een dualistische structuur werking had, na de fusie van toepassing kan worden in een monistische structuur. Dit rechtvaardigt mijn conclusie dat de bestuursstructuur van de uit de fusie ontstane vennootschap wordt bepaald door het nationale recht van het vestigingsland. Hoe de medezeggenschap na de fusie naar een andere bestuursstructuur moet worden getransformeerd, is onderwerp van hoofdstuk 6.3.4.2.

3.12 Overige bepalingen

3.12.1 Het rechtmatigheidstoezicht op de grensoverschrijdende fusie

Het toezicht op de rechtmatigheid van de grensoverschrijdende fusie valt in twee delen uiteen: het voorbereidende deel dat betrekking heeft op de fuserende vennootschappen (pre-fusie attest) en het besluitvormende deel dat betrekking heeft op de verwezenlijking van de fusie (het verlijden van de akte).

Het voorbereidende deel houdt in dat de nationale controlerende instantie nagaat of de grensoverschrijdende fusie rechtmatig is wat de deelnemende vennootschap betreft die onder zijn nationale wetgeving resulteert. Deze controletaak geldt bij een *inbound* en bij een *outbound* fusie (art. 10 Tiende Richtlijn). De controlerende instantie van de lidstaat onder wiens recht de uit de fusie ontstane vennootschap zich wil vestigen dient daarnaast toezicht te houden op de rechtmatigheid van het grensoverschrijdende gedeelte van de fusie (art. 11 Tiende Richtlijn). Het besluit-

¹⁶² Meer uitgebreid Wiesner (2005), p. 93.

vormende deel van de controletaak wordt dus uitgeoefend door de controlerende instantie in de lidstaat vanuit wiens perspectief sprake is van een *inbound* fusie. Deze instantie vergewist zich ervan dat in voorkomend geval de regelingen met betrekking tot de medezeggenschap zijn vastgesteld overeenkomstig art. 16 Tiende Richtlijn. Dit duidt erop dat de tot stand gekomen regeling ook inhoudelijk moet worden getoetst. De controlerende instantie dient te checken of de hoofdregel en uitzonderingen juist zijn toegepast en/of door de BOG een rechtsgeldig besluit om niet te onderhandelen, tot het beëindigen van de onderhandelingen of tot inperking van de medezeggenschap is genomen en/of de uitkomst van de wettelijke referentievoorschriften correct in de statuten is neergelegd. Bij twijfel moet tekst en uitleg aan de partijen worden gevraagd. Niet is bepaald wat de consequentie is indien de controlerende instantie concludeert dat de medezeggenschapsregeling niet overeenkomstig art. 16 Tiende Richtlijn is vastgesteld. Ik zou menen dat dit ertoe leidt dat de fusieakte niet kan worden verleden.

3.12.2 Inschrijving van de grensoverschrijdende fusie

Een grensoverschrijdende fusie wordt ingeschreven in de openbare registers (art. 13 Tiende Richtlijn). Indien één van de drie uitzonderingen opgaat, is inschrijving pas mogelijk als is voldaan aan de verplichtingen inzake medezeggenschap (art. 12 lid 2 SE-Verordening). Bij de oprichting van een SE geldt de inschrijving als ontstaansvereiste (art. 16 lid 1 SE-Verordening). Met andere woorden: zonder medezeggenschapsregeling kan geen SE worden opgericht. In de Tiende Richtlijn ontbreekt een gelijklopende bepaling. De grensoverschrijdende fusie wordt van kracht overeenkomstig de voorwaarden van het recht van het vestigingsland (vgl. paragraaf 3.12.3). Deze bepaling heeft tot gevolg dat in Duitsland – waar de inschrijving van de fusie een constitutief vereiste betreft – de fusie niet van kracht wordt zonder medezeggenschapsregeling, terwijl dit in Nederland en België niet zo is. Dit onderscheid is niet problematisch, nu de controlerende instantie ingevolge art. 11 Tiende Richtlijn moet nagaan of de medezeggenschapsregeling conform art. 16 Tiende Richtlijn is vastgesteld voordat de fusie van kracht wordt. De controlerende instantie toetst dit naar verwachting (mede) aan de hand van de voorwaarden uit art. 12 lid 2 SE-Verordening.

Tot inschrijving kan worden overgegaan indien (i) tussen partijen een overeenkomst is gesloten, (ii) de termijn van onderhandelingen is verstreken zonder dat een overeenkomst tot stand is gekomen¹⁶³ of (iii) de BOG heeft afgezien van onderhandelingen. Art. 12 lid 2 SE-Verordening verwijst voor de derde situatie naar art. 6 lid 3 SE-Richtlijn. Hoewel deze bepaling niet van toepassing is op een grensoverschrijdende

¹⁶³ Hoewel de tekst het enkel verstrijken van de onderhandelingstermijn voldoende lijkt te achten voor de inschrijving, valt uit art. 7 lid 1 sub b (eerste streepje) SE-Richtlijn op te maken dat tevens is vereist dat de besturen van de deelnemende vennootschappen hebben aangegeven de fusie door te willen zetten.

fusie, biedt art. 16 lid 4 (b) Tiende Richtlijn de BOG een soortgelijke bevoegdheid. De verwijzing naar art. 6 lid 3 SE-Richtlijn moet men lezen als een verwijzing naar art. 16 lid 4 (b) Tiende Richtlijn. Art. 12 lid 2 SE-Verordening benoemt niet de situatie dat de besturen ervoor hebben gekozen zich zonder onderhandelingen rechtstreeks te onderwerpen aan de wettelijke referentievoorschriften (art. 16 lid 4 (a) Tiende Richtlijn). Dit is logisch nu de besturen deze bevoegdheid niet hebben bij de oprichting van een SE. Uiteraard is ook in dit geval voldaan aan de verplichtingen inzake medezeggenschap. De houder van het openbare register hoeft slechts te toetsen of aan de vormvoorschriften is voldaan. Hij onthoudt zich van een inhoudelijk oordeel. Die toets is door de controlerende instantie verricht op grond van art. 11 Tiende Richtlijn.

Het is de vraag of de fusie kan worden ingeschreven als niet is voldaan aan één van de voorwaarden van art. 12 lid 2 SE-Verordening. De letterlijke tekst van art. 12 lid 2 SE-Richtlijn lijkt dit niet toe te staan. Maar wat geldt als er geen werknemers zijn om mee te onderhandelen? De Europese wetgever heeft aan deze vraag geen aandacht besteed. Sommige auteurs zijn van oordeel dat de SE-Verordening noopt tot inschrijving.¹⁶⁴ Anderen pleiten voor een meer strikte uitleg.¹⁶⁵ In 2009 achtte het *Oberlandesgericht* Düsseldorf het ontbreken van een regeling geen belemmering tot inschrijving van een SE, nu de oprichters verklaarden niet van plan te zijn in de toekomst werknemers te werven. Om misbruik te voorkomen, kon volgens het *Oberlandesgericht* worden gedacht aan een verplichting tot onderhandelen als in een later stadium alsnog werknemers bij de SE in dienst zouden treden.¹⁶⁶ Bij de oprichting van een SE is het probleem dat onder alle omstandigheden het nationale medezeggenschapsrecht buiten toepassing blijft. Het medezeggenschapssysteem dat bij de oprichting tot stand komt, wordt als het ware ‘bevroren’. Dit geldt ook als er geen medezeggenschapssysteem is. Deze situatie doet zich voor als er geen werknemers zijn om mee te onderhandelen en/of voorafgaand aan de oprichting geen medezeggenschap bestond. Toekomstige ontwikkelingen – zoals een personeelstoename of een uitbreiding van de onderneming dan wel het concern – hebben in beginsel niet tot gevolg dat een eenmaal opgerichte SE alsnog aan medezeggenschap onderworpen raakt.¹⁶⁷ Deze problematiek speelt niet bij een grensoverschrijdende fusie. De uit de fusie ontstane vennootschap (niet zijnde een SE) is op grond van de hoofdregel onderworpen aan het nationale recht van het vestigingsland. Heeft geen van de deelnemende vennootschappen werknemers in dienst of bestond voorafgaand aan de fusie geen medezeggenschap, dan treden de uitzondering niet in

164 Van Veen (2012), p. 76.

165 Summary of the law-expertise of Prof. Dr. Thomas Blanke (Germany) about “Reserve-SE’s” without worker involvement, longform in German, edition Hans Böckler Stiftung 2005, nr. 161. De summary is te raadplegen op www.seeurope-network.org.

166 Het *Oberlandesgericht* Düsseldorf 30 maart 2009, I-3 Wx 248/08 (te raadplegen via www.dejure.org).

167 Deze hoofdregel geniet onder omstandigheden uitzondering bij structurele veranderingen die zich voordoen tijdens het bestaan van de SE. Zie hierover uitgebreid hoofdstuk 2.7.3.

werking en wordt de medezeggenschap vormgegeven door het nationale (medezeggenschaps)recht.

3.12.3 *Het van kracht worden van de grensoverschrijdende fusie*

De Tiende Richtlijn kent geen uniforme regeling maar een conflictregel voor het van kracht worden van de fusie. Art. 12 Tiende Richtlijn verwijst naar het nationale recht van de lidstaat waaronder de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap ressorteert. Hoewel art. 12 het heeft over de ontstane vennootschap valt hieronder ook de verkrijgende vennootschap. De Derde Richtlijn biedt lidstaten de vrijheid te bepalen onder welke voorwaarden de fusie van kracht wordt (art. 17 Derde Richtlijn). De wijze verschilt per lidstaat. In het Nederlandse recht is bepalend de datum waarop de notariële akte houdende fusie wordt getekend. In Duitsland geldt het moment van inschrijving in het Duitse Handelsregister¹⁶⁸ en in België de datum waarop de instrumenterende notaris de voltooiing van de fusie heeft vastgesteld.¹⁶⁹ Vanwege het transnationale karakter van de bepaling geldt het tijdstip eveneens voor de buitenlandse verdwijnende vennootschap(en). Het moment moet uiteraard wel liggen na uitvoering van de in de artt. 10 en 11 bedoelde controles (zie hiervoor paragraaf 3.12.1).

Het is opmerkelijk dat de Europese wetgever in art. 12 Tiende Richtlijn geen keuze heeft gemaakt tussen de statutaire en de werkelijke zetelleer. Art. 12 Tiende Richtlijn bepaalt dat het van kracht worden van de fusie wordt geregeld door ‘*de wetgeving van de lidstaat waaronder de uit de grensoverschrijdende ontstane vennootschap valt*’. Dit kan tot de volgende conflictsituatie aanleiding geven:

Een Nederlandse NV wenst te fuseren met een Belgische NV. Na de fusie komt de statutaire zetel van de uit de fusie ontstane vennootschap in België te liggen. De bestuursactiviteiten worden evenwel vanuit Nederland verricht, zodat de werkelijke zetel in Nederland ligt. Daar het Belgische recht aanknoopt bij de werkelijke zetelleer is het Belgische recht strikt genomen niet van toepassing op de controle van de verwezenlijking van de fusie en het van kracht worden daarvan. Ook het Nederlandse recht mist toepassing nu Nederland aanknoopt bij de statutaire zetel.

Indien beide rechtssystemen niet van toepassing zijn op de uit de fusie ontstane vennootschap, kan de grensoverschrijdende fusie niet worden gerealiseerd. Deze conflictsituatie wordt opgelost doordat het Belgische recht een regeling inzake *renvoi* kent. In het geval dat de werkelijke zetel wordt verplaatst naar een land dat de incorporatieleer aanhangt, zal het internationaal privaatrecht van dit land voor het toepasselijke recht naar het Belgische recht terugverwijzen. Op grond van art. 112 Wetboek van Internationaal Privaatrecht (WIPR) zal België deze *renvoi* naar het eigen land aanvaarden voor zover het recht van de lidstaat waar de werkelijke zetel zich bevindt dit toestaat. Deze regeling heeft tot gevolg dat een in België opgerichte

¹⁶⁸ § 122a Abs. 1 MgVG jo. §§ 20 Abs. 1 en 36 UmwG.

¹⁶⁹ Art. 772/14 W. Venn.

vennootschap aan het Belgische recht is onderworpen ondanks het feit dat de werkelijke zetel in het buitenland en dus niet in het oprichtingsland ligt.¹⁷⁰ In het bovengenoemde voorbeeld worden de controle op de verwezenlijking en het van kracht worden van de fusie derhalve door het Belgische recht bepaald.

Ook de omgekeerde situatie kan zich voordoen. Illustratief is de volgende situatie:

Een Nederlandse NV wenst te fuseren met een Belgische NV. Na de fusie komt de statutaire zetel van de uit de fusie ontstane vennootschap in Nederland te liggen. De bestuursactiviteiten worden vanuit de Belgische vestiging uitgevoerd, zodat de werkelijke zetel in België ligt. Vanuit Belgisch oogpunt is het Belgische recht van toepassing op de uit de fusie ontstane vennootschap, hetgeen betekent dat het Belgische recht de controle op de verwezenlijking van de fusie verricht en het van kracht worden van de fusie bepaalt. Vanuit Nederlandse oogpunt is de vennootschap aan het Nederlandse recht onderworpen en worden beide aspecten door het Nederlandse recht beheerst.

De oplossing verschilt naar gelang men te maken heeft met een fusie door oprichting en een fusie door overneming. Een fusie door oprichting veronderstelt de oprichting van een nieuwe vennootschap. De lidstaat waar de oprichtingsakte wordt verleden, is de lidstaat waar zich de statutaire zetel bevindt. Op basis van dat rechtstelsel verwerft de vennootschap haar rechtspersoonlijkheid. Dit principe leidt ertoe dat de nieuw opgerichte vennootschap slechts dan een Belgische vennootschap is (en dus aan het Belgische recht is onderworpen), indien naast de werkelijke zetel ook de statutaire zetel binnen de landsgrenzen is gelegen. Dit is in het bovengenoemde voorbeeld niet het geval, zodat op de uit de fusie ontstane vennootschap Nederlands recht van toepassing wordt. Op grond van het (secundaire) vestigingsrecht ex. art. 49 VWEU moet België de vennootschap als Nederlandse vennootschap erkennen en is België niet gerechtigd daarop Belgisch recht van toepassing te verklaren. Het verschil bij een fusie door overneming is dat de uit de fusie ontstane vennootschap voorafgaand aan de fusie reeds door het Nederlandse recht werd beheerst. De fusie brengt daarin geen verandering, zodat het België ook nu niet is toegestaan zijn recht op de vennootschap van toepassing te verklaren. In beide situaties beheerst het Nederlandse recht dus de controle op de verwezenlijking en het van kracht worden van de fusie.

3.12.4 De vernietigbaarheid van de grensoverschrijdende fusie

De rechtsgevolgen van een fusie kunnen zeer ingrijpend zijn. Vermogens worden samengevoegd, de verdwijnende vennootschappen houden op te bestaan en de

¹⁷⁰ Indien de werkelijke zetel als gevolg van de fusie wordt verplaatst naar een lidstaat die ook de werkelijke zetelleer huldigt, treedt naar Belgisch recht wel een wijziging op van het op de vennootschap toepasselijke recht en de hoedanigheid naar het recht van het oprichtingsland (lees: België). De vennootschap verliest evenwel niet haar rechtspersoonlijkheid en treedt niet in ontbinding.

aandeelhouders van de verdwijnende vennootschappen worden doorgaans van rechtswege aandeelhouders van de uit de fusie ontstane vennootschap. Het terugdraaien van deze gevolgen is uitermate bezwaarlijk. Het is om deze reden dat de Derde Richtlijn bepaalt dat een nationale fusie slechts op zeer beperkte gronden kan worden vernietigd.¹⁷¹ Bij een grensoverschrijdende fusie zijn de rechtsgevolgen nog groter. Niet in de laatste plaats omdat het begrip ‘vernietiging’ in de verschillende rechtssystemen verschillende consequenties kan hebben. Zo heeft een vernietiging naar Nederlands recht terugwerkende kracht, terwijl dat in andere lidstaten niet het geval hoeft te zijn. Dit heeft de Europese wetgever ertoe gebracht de nietigheid van een grensoverschrijdende fusie uit te sluiten (art. 17 Tiende Richtlijn).¹⁷² Hiermee is de rechtshandeling van een fusie geabstraheerd van de vereisten die voor het verrichten ervan in acht moeten worden genomen.

Is niet voldaan aan de voorwaarden voor het in werking treden van de fusie, dan komt de fusie niet tot stand. Dat principe blijft overeind. In Nederland is voor het in werking treden van de fusie een notariële akte vereist. Maar wat is de juridische situatie als de notariële akte wordt verleden, zonder dat de attesten uit de artt. 10 en 11 Tiende Richtlijn zijn uitgevoerd dan wel zijn afgegeven? Denk aan de situatie dat één van de betrokken autoriteiten het vereiste attest afgeeft terwijl er nog een verzetsprocedure loopt. Of aan de situatie dat na het van kracht worden van de grensoverschrijdende fusie blijkt dat de regeling inzake medezeggenschap niet overeenkomstig art. 16 Tiende Richtlijn is vastgesteld. Zaman stelt dat er wel een ‘minimum’ moet zijn om tot een grensoverschrijdende fusie te kunnen concluderen.¹⁷³ Volgens hem is hieraan niet voldaan wanneer geen van de betrokken autoriteiten tot een akte of attest is gekomen en de deelnemende vennootschappen niettemin tot een fusie besluiten. Hoewel ik met Zaman van oordeel ben dat de fusie onder die omstandigheden strikt genomen niet van kracht wordt, staat art. 17 Tiende Richtlijn mijns inziens aan een vernietiging in de weg indien dit (per abuis) toch gebeurt. Zou het anders zijn, dan had de Europese wetgever het niet voldoen aan deze vormvoorschriften wel als vernietigingsgrond vermeld.

Wel acht ik mogelijk dat de werknemers(vertegenwoordigers) het bestuur van de uit de fusie ontstane vennootschap onder omstandigheden kunnen dwingen tot een wijziging van de medezeggenschapsovereenkomst als de voorwaarden van de Tiende Richtlijn (bewust) niet zijn nagekomen. Dit doet zich voor indien de BOG tijdens de onderhandelingen onjuiste gegevens heeft ontvangen, terwijl de overeenkomst mede op die gegevens is gebaseerd. De wijzigingsmogelijkheden zijn afhankelijk van het nationale recht dat op de overeenkomst van toepassing is. Bij het Nederlandse recht kan men denken aan het vernietigen van de overeenkomst op

¹⁷¹ Zie art. 22 Derde Richtlijn.

¹⁷² COM (2003) 703 def., p. 7 en overweging 8 preambule Tiende Richtlijn.

¹⁷³ Zaman (2007), p.123. Het valt op dat Zaman dit standpunt in 2009 niet herhaalt in Zaman, Van Eck & Roelofs (2009), p. 225.

grond van dwaling en/of bedrog. Het succesvol vernietigen van de overeenkomst, maakt de wettelijke referentievoorschriften met terugwerkende kracht van toepassing. Ook lijkt mij mogelijk dat de werknemers(vertegenwoordigers) naleving van de wet kunnen vorderen op het moment dat zij erachter komen dat de besturen in de statuten de uitkomst van de wettelijke referentievoorschriften onjuist hebben uitgewerkt. De kans hierop is reëel gezien de vele onduidelijkheden die artikel 16 Tiende Richtlijn bevat. Het feit dat de uitwerking in de statuten niet correspondeert met de wettelijke referentievoorschriften levert op grond van art. 6:162 BW een onrechtmatige daad op. De werknemers kunnen ook voorafgaand aan de fusie naleving vorderen in kort geding (zie ook hoofdstuk 6.2.7).

3.12.5 Fiscale aspecten

De fiscale aspecten van een grensoverschrijdende fusie zijn niet in de Tiende Richtlijn neergelegd, maar worden geregeld door Richtlijn 90/434/EG (Fusierichtlijn).¹⁷⁴ De Fusierichtlijn heeft als doel het verwijderen van de fiscale belemmeringen bij een fusie, splitsing, inbreng van activa of aandelenruil waarbij vennootschappen van twee of meer lidstaten zijn betrokken en bij zetelverplaatsingen van de S(C)E.¹⁷⁵ Art. 15 lid 1 (b) Fusierichtlijn bepaalt *'De lidstaten kunnen weigeren de bepalingen van de artikelen 4 tot en met 14 geheel of gedeeltelijk toe te passen of het voordeel ervan geheel of gedeeltelijk teniet te doen, indien blijkt dat een van de in artikel 1 bedoelde rechtshandelingen: (b) tot gevolg heeft dat een al dan niet aan de rechtshandeling deelnemende vennootschap niet meer voldoet aan de voorwaarden die vereist zijn voor de werknemersvertegenwoordiging in de vennootschapsorganen volgens de regeling die vóór de betrokken rechtshandeling van toepassing was.'*

Art. 15 lid 1 (b) is op aandringen van Duitsland in de Fusierichtlijn opgenomen.¹⁷⁶ Duitsland was bang dat een grensoverschrijdende concentratie gebruikt zou worden om de Duitse medezeggenschapsregels te omzeilen. De bepaling verschaft de lidstaten een wapen om vennootschappen fiscale voordelen te onttrekken indien bestaande medezeggenschapsrechten worden bedreigd door een grensoverschrijdende concentratie. De inhoud van art. 15 lid 1 (b) is niet eenduidig vast te stellen. Met name is onduidelijk wat met het begrip 'werknemersvertegenwoordiging in de vennootschapsorganen' is bedoeld. Had de Europese wetgever slechts het Duitse medezeggen-

174 Richtlijn 90/434/EG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten (*PbEG* 1990, L 225/1), zoals laatstelijk gewijzigd bij Richtlijn 2009/133/EG van de Raad van 19 oktober 2009 (*PbEU* 2009, L 310/34).

175 Strikt genomen is de Fusierichtlijn niet van toepassing op concentraties waarbij slechts nationale vennootschappen zijn betrokken. Veel lidstaten zoals Nederland en Duitsland hebben de Fusierichtlijn echter op nationale fusies van overeenkomstige toepassing verklaard.

176 Raadsdocument 6887/80 van 5 mei 1980, bijlage, p. 2. Zie ook de communicatie van de Commissie naar de Raad van 29 april 1980, COM (1980) 203 def, Intertax 1980/11-12, p. 422-423.

schapssysteem van benoemingsrechten voor ogen of vallen onder het begrip ook aanbevelings- en bezwaarrechten? De definitie van medezeggenschap zoals neergelegd in de SE-Richtlijn geeft geen uitsluitel, nu de SE-Richtlijn van latere datum is.

Tot dusver heeft geen enkele lidstaat art. 15 lid 1 (b) in zijn nationale recht geïmplementeerd. Zelfs Duitsland is niet tot implementatie overgegaan. Dit is niet vreemd omdat Duitsland de Fusierichtlijn in eerste instantie alleen van toepassing had verklaard op een grensoverschrijdende inbreng van activa of aandelentransactie en deze concentraties geen wijziging in de bestaande medezeggenschapsstructuur aanbrengen. Nadat grensoverschrijdend fuseren binnen de Europese Unie mogelijk werd op grond van het arrest *SEVIC*, de SE-Verordening en de Tiende Richtlijn, heeft Duitsland de Fusierichtlijn in december 2006 voor de grensoverschrijdende fusie geïmplementeerd.¹⁷⁷ Ook toen heeft Duitsland er niet voor gekozen art. 15 lid 1 (b) in het nationale recht op te nemen. Een logische verklaring lijkt mij dat Duitsland tevreden was met het medezeggenschapsregime zoals dat in de SE-Richtlijn en Tiende Richtlijn is neergelegd. Het zou vreemd zijn als Duitsland eerst instemt met het medezeggenschapscompromis van beide richtlijnen en vervolgens via een andere (fiscale) weg de toepasselijkheid alsnog zou belemmeren.

Art. 15 lid 1 (b) Fusierichtlijn blijft van toepassing zolang en voor zover geen communautaire regelgeving tot stand komt die gelijkwaardige bepalingen bevat inzake werknemersvertegenwoordiging.¹⁷⁸ Tot dit tijdstip kunnen lidstaten de bepaling in het nationale recht implementeren. Het is de vraag of het medezeggenschapsregime van art. 16 Tiende Richtlijn tot de bedoelde communautaire regelgeving heeft geleid. Een strikte interpretatie van art. 15 lid 1 (b) Fusierichtlijn wijst in de richting van een ontkennend antwoord. Art. 16 Tiende Richtlijn kan leiden tot een beperking van medezeggenschap en bevat daarom geen gelijkwaardige medezeggenschapsbepalingen. Van den Broek meent evenwel dat bij een grensoverschrijdende fusie op basis van de Tiende Richtlijn aan de lidstaten geen beroep toekomt op art. 15 lid 1 (b) Fusierichtlijn. Nu de Europese wetgever in de Tiende Richtlijn onder bepaalde voorwaarden heeft ingestemd met een inperking van medezeggenschap, moeten de medezeggenschapsregelingen in zijn visie als gelijkwaardig worden aangemerkt voor de toepassing van art. 15 lid 2 Fusierichtlijn.¹⁷⁹

3.13 Verhouding tot de SE-Verordening

Een SE kan op verschillende manieren bij een grensoverschrijdende fusie zijn betrokken. Een SE kan door een grensoverschrijdende fusie worden opgericht, maar kan eveneens als fusiepartner optreden. Welke regels gelden wanneer? Het antwoord

177 Gesetz über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerlicher Maßnahmen (SEStEG), BGBl. I, p. 2782.

178 Art. 15 lid 2 Fusierichtlijn.

179 Van den Broek (2011), p. 317. Dit is volgens Van den Broek slechts anders indien art. 16 Tiende Richtlijn een drempelwaarde van 500 werknemers zou kennen. Dit is echter niet het geval (vgl. paragraaf 3.5.2).

is gelegen in de SE-Verordening. Art. 9 SE-Verordening kent een rangorde voor de toepasselijke regels op de SE. Wanneer de SE-Verordening een regel bevat of een uitwerking toelaat, heeft deze specifieke regel voorrang op een nationale bepaling met betrekking tot hetzelfde onderwerp. Doordat de artt. 7 t/m 13 SE-Verordening aangeven onder welke voorwaarden een SE kan worden opgericht door een grensoverschrijdende fusie, zijn in dat geval de regels van de SE-Verordening leidend. Dit is niet anders indien een SE bij de oprichting als verdwijnende vennootschap optreedt.¹⁸⁰ De SE-Verordening kent geen bepaling over een grensoverschrijdende fusie waarbij een SE als verkrijgende of als verdwijnende fusie-partner is betrokken zonder dat een SE wordt opgericht. Dan gelden dus de regels uit de Tiende Richtlijn. Dat art. 1 Tiende Richtlijn zich strikt genomen richt tot vennootschappen die krachtens nationaal recht zijn opgericht en een SE haar oprichting in een Europese verordening vindt, doet daar niet aan af. Het Europese recht maakt deel uit van het nationale recht van de lidstaten. De Tiende Richtlijn is ook van toepassing in de situatie dat twee SE's grensoverschrijdend fuseren waarbij één SE als verkrijgende vennootschap optreedt.¹⁸¹ Er wordt immers geen nieuwe SE opgericht.

Daarmee zijn nog niet alle onduidelijkheden ondervangen. Een complicatie heeft betrekking op de misbruikbepaling. Het is de vraag of de SE als verkrijgende partij na de grensoverschrijdende fusie is onderworpen aan de beperkte bepaling van art. 16 lid 7 Tiende Richtlijn of (nog steeds) aan de meeromvattende bepaling van art. 11 SE-Richtlijn. Nu de regelingen hierover niets bepalen, is aannemelijk dat beide bepalingen naast elkaar bestaan.

3.14 Verhouding tot de vestigingsvrijheid ex art. 49 VWEU

Art. 49 VWEU biedt een zelfstandige grondslag tot grensoverschrijdend fuseren (zie hoofdstuk 2.8.2). Interessant is de verhouding van art. 49 VWEU tot de Tiende Richtlijn. Anders geformuleerd en in vraagvorm: kunnen vennootschappen op basis van de vestigingsvrijheid rechtsgeldig grensoverschrijdend fuseren zonder te voldoen aan de in de Tiende Richtlijn neergelegde medezeggenschapsregeling? Het antwoord luidt ontkennend. Het Hof van Justitie heeft in het arrest *SEVIC* de betekenis van dwingende redenen van algemeen belang erkend die onder bepaalde omstandigheden en mits aan bepaalde voorwaarden zijn voldaan, een maatregel rechtvaardigen die de vrijheid van vestiging beperkt (*rule of reason*).¹⁸² Het Hof noemt in *SEVIC* als dwingende reden van algemeen belang onder meer de bescherming van werknemers. Door te verwijzen naar het arrest *Überseering* doelde

180 De SE wordt op grond van art. 3 lid 1 jo. art. 2 lid 1 SE-Verordening beschouwd als een nationale vennootschap die wordt beheerst door het recht waar zij haar statutaire zetel heeft.

181 Anders Oechsler (2006), p. 162

182 Voor een geslaagd beroep op de *rule of reason* heeft het Hof van Justitie vier criteria geformuleerd in zijn arrest van 30 november 1995, nr. C-55/94, *NJ* 1997/35 (*Gebhard*). In het arrest *SEVIC* sluit het Hof daarbij aan, zie HvJ EG 13 december 2005, nr. C-411/03, *JOR* 2006/33, punt 23.

het Hof van Justitie klaarblijkelijk op de vennootschappelijke medezeggenschap.¹⁸³ Een lidstaat kan een grensoverschrijdende fusie dan ook blokkeren met een beroep op de *rule of reason* indien aan de werknemers op het terrein van de vennootschappelijke medezeggenschap geen afdoende bescherming toekomt.

Het is de vraag of de complexe regeling van art. 16 Tiende Richtlijn aan de voorwaarden van de *rule of reason* voldoet. Secundair Unierecht is van een lagere orde dan de fundamentele verdragsvrijheden uit het VWEU. Dit maakt een toetsing van art. 16 Tiende Richtlijn aan art. 49 VWEU mogelijk. Het Hof van Justitie heeft in het arrest *Tedeschi* evenwel geoordeeld dat bij volledige harmonisatie op een bepaald onderwerp het regime van de harmonisatieregeling het toetsingskader voor een beperking op de verdragsvrijheden vormt.¹⁸⁴ Dit betekent meer concreet dat de Europese wetgever met art. 16 Tiende Richtlijn de *rule of reason* voor de vennootschappelijke medezeggenschap heeft ingekleurd.¹⁸⁵ Met art. 16 Tiende Richtlijn is voldaan aan de bescherming van de medezeggenschapsrechten van werknemers op een wijze die maakt dat het belang van de werknemers in een redelijke verhouding staat tot de inbreuk die de beschermingsconstructie heeft op de vestigingsvrijheid. De belangenafweging is als het ware verdisconteerd in art. 16 Tiende Richtlijn. Het argument dat art. 16 Tiende Richtlijn door haar complexiteit niet voldoet aan de voorwaarden van de *rule of reason* en om die reden buiten toepassing moet blijven, heeft daarom nauwelijks kans van slagen.¹⁸⁶

Dit betekent overigens niet dat het arrest *SEVIC* met de inwerkingtreding van de Tiende Richtlijn zijn belang heeft verloren. De Tiende Richtlijn heeft slechts betrekking op kapitaalvennootschappen, terwijl het arrest *SEVIC* alle vennootschappen bestrijkt die vallen onder art. 54 VWEU.¹⁸⁷ De Tiende Richtlijn kent bovendien slechts een drietal varianten van grensoverschrijdend fuseren. Andere vormen (zoals de driehoeksfusie) vallen niet onder het toepassingsgebruik. De reikwijdte van het arrest is dus ruimer dan die van de Tiende Richtlijn. Voor grensoverschrijdende fusies die buiten het toepassingsbereik van de Tiende Richtlijn vallen, behoudt het arrest *SEVIC* relevantie. Het is echter onduidelijk welke procedure in dat geval moet worden gevolgd en hoe bijvoorbeeld moet worden omgegaan met voorafgaand aan de fusie bestaande vennootschappelijke medezeggenschapsrechten. Het verdient

183 Het Hof van Justitie verwijst in punt 28 naar zijn arrest *Überseering* van 5 november 2002, nr. C-208/00, *NJ* 2003/58, *JOR* 2003/4.

184 HvJ EG 5 oktober 1977, nr. C-5/77 (*Tedeschi*).

185 Zie hierover in meer algemene zin Slot (1996), p. 382.

186 Storm (2006), p. 137 komt via een andere weg tot dezelfde conclusie. Volgens hem is de systematiek uit de SE-Richtlijn in strijd met de *rule of reason*. Dit geldt echter niet voor art. 16 Tiende Richtlijn vanwege het feit dat de besturen niet verplicht zijn over te gaan tot oprichting van een BOG.

187 Art. 54 VWEU verstaat onder vennootschappen: maatschappen naar burgerlijk recht of handelsrecht, coöperatieve verenigingen of coöperatieve vennootschappen en overige rechtspersonen naar publiek- of privaatrecht, met uitzondering van vennootschappen die geen winstoogmerk hebben. Zie over de verhouding tussen de vestigingsvrijheid en de Tiende Richtlijn ook Van Veen (2006).

aanbeveling art. 16 Tiende Richtlijn naar analogie toe te passen. Hiermee wordt voorkomen dat een lidstaat de grensoverschrijdende fusie kan weigeren met een beroep op de *rule of reason*.¹⁸⁸

3.15 Conclusie

In dit hoofdstuk kwam aan de orde hoe de Tiende Richtlijn invulling geeft aan de rol van werknemers bij een grensoverschrijdende fusie. De Tiende Richtlijn kent voor de betrokkenheid geen uitgebreide regeling, maar verwijst vooral naar de – in hoofdstuk 2 besproken – eerder tot standgebrachte Europese richtlijnen en verordeningen die met het onderwerp raakvlakken vertonen. Dat is anders voor de vennootschappelijke medezeggenschap. Naar deze vorm van medezeggenschap ging in dit hoofdstuk de meeste aandacht uit.

De lidstaten hebben geen overeenstemming weten te bereiken over een materieel standaardniveau van vennootschappelijke medezeggenschap. In plaats daarvan is aansluiting gezocht bij de nationale tradities op het terrein van de medezeggenschap. Deze tradities zijn talrijk. Art. 16 Tiende Richtlijn tracht binnen deze tradities een middenweg te vinden. Het compromis gaat uit van een behoud van bestaande medezeggenschapsrechten zonder dat de ambitie bestaat lidstaten tegen hun wil aan een wettelijk dwingendrechtelijk medezeggenschapssysteem te onderwerpen. Het compromiskarakter uit zich ook in een ander aspect. De regeling behelst een belangenafweging tussen de economische en sociale aspecten van een grensoverschrijdende fusie. Door in hoofdzaak aan te sluiten bij het nationale medezeggenschapsrecht van het vestigingsland van de uit de fusie ontstane vennootschap heeft de Europese wetgever getracht grensoverschrijdend fuseren voor het bedrijfsleven zo eenvoudig mogelijk te maken. Slechts in drie uitzonderingssituaties treedt het alternatieve regime in werking dat uitgaat van onderhandelingen en als vangnet wettelijke referentievoorschriften kent. De toepassing van het alternatieve regime moet voorkomen dat de bestaande medezeggenschapsrechten van werknemers eenvoudig kunnen worden omzeild.

De Europese wetgever is slechts ten dele in zijn opzet geslaagd. Art. 16 kent met de leden 2 t/m 7 Tiende Richtlijn een moeilijk te doorgronden regeling die veel onduidelijkheden bevat met name door een inconsistent gebruik van begrippen en een (te) eenvoudige verwijzing naar de SE-Richtlijn. Hierdoor is op voorhand veelal lastig te voorspellen of één van de drie uitzonderingen in werking treedt en tot welke medezeggenschapssysteem de wettelijke referentievoorschriften verplichten. Deze onduidelijkheden maken het minder aantrekkelijk een grensoverschrijdende fusie aan te gaan. Een en ander neemt niet weg dat het voor de integratie van de Europese markt goed is dat de lidstaten voor het complexe medezeggenschapsdossier bij grensoverschrijdende fusies een oplossing hebben gevonden. Meer dan dit zat er indertijd (kennelijk) niet in.

¹⁸⁸ Vgl. Zaman, Van Eck & Roelofs (2009), p. 167.

INTERMEZZO: DE UITGANGSPUNTEN VAN DE EUROPESE REGELGEVING

De Tiende Richtlijn kent haar grondslag in de vrijheid van vestiging zoals geformuleerd in art. 49 VWEU. De vrijheid van vestiging is een fundamentele vrijheid die van origine een economische achtergrond heeft. Door de jaren heen heeft het sociale aspect aan invloed gewonnen. Het Verdrag van Lissabon verankert deze ontwikkeling met de introductie van de term ‘*sociale* markteconomie’ (art. 3 lid 3 VEU). De fundamentele vrijheden hebben niet meer slechts een vrije markteconomie tot doel, maar dienen rekening te houden met de sociale veranderingen die daarmee gepaard gaan. Deze ontwikkeling komt tot uiting in het feit dat de eerste doelstelling van de Europese Unie betrekking heeft op het bevorderen van de waarden (art. 3 lid 1 VEU). Bij de uitdrukkelijk genoemde waarden wordt verwezen naar de grondrechten (art. 2 VEU). Binnen dit juridisch kader is op Europees niveau vormgegeven aan de rol van werknemers bij een grensoverschrijdende juridische fusie. Dit neemt niet weg dat aan de vennootschappelijke medezeggenschap enerzijds en de betrokkenheid anderzijds afzonderlijke uitgangspunten ten grondslag liggen.

De uitgangspunten die aan de medezeggenschapsregeling ten grondslag liggen

Het recht op vennootschappelijke medezeggenschap betreft geen Europees grondrecht. Op dit terrein is evenmin materiële harmonisatie van wetgeving tot stand gebracht. Hoewel met de Vijfde Richtlijn is getracht binnen de Europese Unie een bepaald standaardniveau van medezeggenschap te realiseren, strandde deze poging op een gebrek aan consensus binnen de Raad. Medezeggenschap wordt tot op heden nationaal geregeld, zodat op dit vlak grote verschillen tussen de lidstaten bestaan. Doordat deze vorm van medezeggenschap aanknoopt bij de juridische structuur biedt de techniek van grensoverschrijdend fuseren vennootschappen de mogelijkheid nationale medezeggenschapsregels te omzeilen. Om verlies van medezeggenschap te voorkomen, heeft de Europese wetgever binnen de systematiek van de Tiende Richtlijn een oplossing gecreëerd die zich specifiek richt op de bescherming van bestaande medezeggenschapsrechten. Art. 16 Tiende Richtlijn is het resultaat. De bepaling coördineert de verschillende medezeggenschapsregels die er op nationaal niveau bestaan.

Art. 16 Tiende Richtlijn is geïnspireerd door en voor een groot deel gebaseerd op de SE-Richtlijn. Het doel van de regeling is het verhinderen van een uitholling van medezeggenschap. Dit uitgangspunt komt tot uitdrukking in het ‘voor en nabeginsel’. Het hoogste niveau van medezeggenschap zoals dat voorafgaand aan de fusie in de deelnemende vennootschappen bestond, is bepalend voor het medezeggenschapssysteem waaraan de uit de fusie ontstane vennootschap onderworpen raakt. Het aantal medezeggenschapsrechten voorafgaand aan de fusie wordt bepaald

aan de hand van een kwantitatief criterium. De vorm van het medezeggenschapsrecht (benoeming, keuze, aanbeveling of bezwaar) doet in het kader van de hoogste aantal-doctrine niet terzake. Ook blijft buiten beschouwing of de invloed is gericht op de samenstelling van het leidinggevend, het toezichthoudende dan wel het bestuursorgaan. Er is gekozen voor een eendimensionale benadering. Het gaat om de kwantiteit en niet om de kwaliteit. De eendimensionale benadering is niet ingegeven door de wens het grensoverschrijdend fuseren te vergemakkelijken, maar is het gevolg van het compromis dat aan art. 16 Tiende Richtlijn ten grondslag ligt. De lidstaten konden het gewoonweg niet eens worden over een *ranking* van nationale medezeggenschapssystemen.

Bepaalde specifiek benoemde omstandigheden rechtvaardigen een inbreuk op het 'voor en na-beginsel'. Dit geldt in de eerste plaats voor de contractsvrijheid. Het staat de deelnemende vennootschappen en de werknemers (vertegenwoordigd in de BOG) vrij het medezeggenschapssysteem na de fusie in te kleden op een wijze zoals zij dat wensen. Een tweede omstandigheid is het feit dat slechts een gering percentage werknemers ten opzichte van het totale werknemersbestand voorafgaand aan de fusie recht heeft op medezeggenschap en/of de wens heeft de medezeggenschap na de fusie te behouden. Beide omstandigheden zijn te herleiden tot de overkoepelende doelstelling van de Tiende Richtlijn '*het vergemakkelijken van grensoverschrijdend fuseren*'. Deze benadering is verdedigbaar. Art. 16 Tiende Richtlijn kan niet worden los gezien van het verdragshoofdstuk waarop het is gebaseerd en – in het verlengde daarvan – de in de aanhef van art. 49 VWEU aan de Commissie en de Raad opgedragen taak via harmonisatie de vrijheid van vestiging te realiseren. Art. 16 Tiende Richtlijn betreft bovendien een nadere uitwerking van art. 54 lid 2 (g) VWEU. Deze laatste bepaling is erop gericht waarborgen te coördineren die de belangen van werknemers beschermen, maar slechts *voor zover dat nodig is*. De geciteerde zinsnede maakt duidelijk dat de oplossing voor de medezeggenschap proportioneel en noodzakelijk moet zijn in het licht van de vrijheid van vestiging. De regeling van art. 16 Tiende Richtlijn kenschetst de balans tussen de bescherming van medezeggenschap enerzijds en de vrijheid van vestiging via grensoverschrijdend fuseren anderzijds. Met andere woorden: art. 16 Tiende Richtlijn beschermt de bestaande medezeggenschapsrechten van werknemers op een wijze die maakt dat het belang van de werknemers in een redelijke verhouding staat tot de inbreuk die de bescherming heeft op het vrije vestigingsrecht van de deelnemende vennootschappen.

De uitgangspunten die aan de regeling inzake de betrokkenheid ten grondslag liggen
De betrokkenheid van werknemers kent wel een grondrechtelijk uitgangspunt. Het recht op informatie en raadpleging is neergelegd in art. 27 van het EU-Handvest. Met het Verdrag van Lissabon is aan de rechten, vrijheden en beginselen van het EU-Handvast een verdragsrechtelijke status toegekend (art. 6 lid 1 VEU). De

uitwerking van het grondrecht op informatie en raadpleging via richtlijnen kan als een nadere regulering van de vrijheid van vestiging worden gezien. Het minimum-niveau van de richtlijnen geeft invulling aan de sociale markteconomie die het VEU voorstaat (art. 3 lid 3 VEU).

Een algemeen uitgangspunt van de Tiende Richtlijn is dat de aan de grensoverschrijdende fusie deelnemende vennootschappen *voorafgaand* aan de fusie moeten voldoen aan de bepalingen en formaliteiten van de op hen toepasselijke nationale wetgeving. Dit volgt uit art. 4 lid 1 (b) Tiende Richtlijn. Art. 4 lid 2 Tiende Richtlijn maakt duidelijk dat deze bepaling in het bijzonder de rechten van werknemers omvat die betrekking hebben op het besluitvormingsproces in verband met de fusie anders dan die inzake de vennootschappelijk medezeggenschap. Hiermee is bedoeld op de betrokkenheid van werknemers. In dat licht verwijst overweging 14 preambule Tiende Richtlijn naar de eerdere Europese regelgeving die op dit terrein tot stand is gebracht en in het nationale recht van de lidstaten is geïmplementeerd. Dit zijn Richtlijn 2002/14/EG en de EOR-Richtlijn. De Europese wetgever heeft het niet nodig geacht een speciale regeling op te nemen voor de situatie dat het besluit een grensoverschrijdende fusie betreft. Deze benadering valt te herleiden tot de hoofddoelstelling van de Tiende Richtlijn *‘het vergemakkelijken van grensoverschrijdend fuseren’*. Overweging 3 preambule Tiende Richtlijn bepaalt dat zo goed als mogelijk wordt aangesloten bij het nationale recht om grensoverschrijdende fusies te vergemakkelijken. De hoofddoelstelling van de Tiende Richtlijn is daarom te beschouwen als een voornaam uitgangspunt van de regeling inzake de betrokkenheid van werknemers bij grensoverschrijdende fusies.

De aansluiting bij de eerder tot stand gebrachte Europese regelgeving heeft tot gevolg dat de betrokkenheid van werknemers zich manifesteert binnen een eigen systematiek die los staat van de grensoverschrijdende fusie als zodanig. De Europese regels hebben tot doel de werknemers een zekere mate van informatie en raadpleging te verschaffen bij bepaalde besluiten die betrekking hebben op de nationale onderneming en op de communautaire onderneming dan wel het communautaire concern. De Tiende Richtlijn sluit hierbij aan. Kenmerkend voor zowel Richtlijn 2002/14/EG als de EOR-Richtlijn is dat beide richtlijnen de lidstaten – indien gewenst – toestaan aan de werknemersvertegenwoordigers een hoger niveau van betrokkenheid toe te kennen. Deze beleidsvrijheid vindt haar begrenzing in voornoemde hoofddoelstelling van de Tiende Richtlijn. Verdergaande nationale regels die een beperking vormen op de vrijheid van vestiging bij grensoverschrijdende fusies zijn slechts toegestaan indien de beperkende regel kan worden gerechtvaardigd met een beroep op de in de rechtspraak geformuleerde *rule of reason*. Voor een succesvol beroep op de *rule of reason* is vereist dat de nationale maatregel een legitiem doel nastreeft en zijn rechtvaardiging vindt in dwingende redenen van algemeen belang. De beperking moet voorts geschikt zijn het beoogde doel te bereiken en mag niet verder gaan dan met het oog daarop noodzakelijk is. De rechtszekerheid neemt een voorname plaats in

bij de bepaling van de proportionaliteit en noodzakelijkheid. De regelgeving mag in de praktijk zo min mogelijk tot gevolg hebben dat het vennootschappen ervan weerhoudt een grensoverschrijdende fusie aan te gaan. In dat licht is snelheid eveneens geboden. Hoe langer het duurt de fusie te realiseren, des te minder aantrekkelijk deze techniek is voor vennootschappen voor het tot stand brengen van de beoogde samenwerking. De snelheid mag op haar beurt weer niet ten koste gaan van de zorgvuldigheid van de procedure.

4 VENNOOTSCHAPPELIJKE MEDEZEGGENSCHAP IN NEDERLAND, DUITSLAND EN BELGIË

4.1 Inleiding

In het eerste deel van dit onderzoek zijn de Europese initiatieven op het gebied van grensoverschrijdende fusies en de daarbij behorende rol van werknemers uiteengezet. Speciale aandacht ging uit naar de Tiende Richtlijn. In dit tweede deel staat de vennootschappelijke medezeggenschap bij een grensoverschrijdende fusie centraal. Aan welk vennootschappelijk medezeggenschapssysteem de uit de fusie ontstane vennootschap zal zijn onderworpen, wordt bepaald aan de hand van art. 16 Tiende Richtlijn. De toepassing van deze regeling vereist inzicht in het nationale medezeggenschapsrecht waaraan de deelnemende vennootschappen alsmede de uit de fusie ontstane vennootschap onderworpen zijn. Het nationale medezeggenschapsrecht bepaalt of de hoofdregel dan wel één van de uitzonderingen van art. 16 Tiende Richtlijn in werking treedt. Bovendien is het nationale medezeggenschapsrecht bepalend voor de invulling van het alternatieve regime, in het bijzonder de wettelijke referentievoorschriften.

In dit hoofdstuk wordt het nationale medezeggenschapsrecht van respectievelijk Nederland, Duitsland en België uiteengezet. De aandacht gaat uit naar de wijze waarop werknemers van Nederlandse, Duitse en Belgische kapitaalvennootschappen invloed uitoefenen op de samenstelling van het leidinggevende, toezichthoudende en/of bestuursorgaan van de vennootschap binnen wier onderneming zij werkzaam zijn. Om de nationale medezeggenschapsrechten op waarde te kunnen schatten, schenkt dit hoofdstuk tevens aandacht aan de bestuursstructuur van de vennootschap en de bevoegdheden van de organen waarop de medezeggenschap betrekking heeft.

4.2 Nederland

4.2.1 Vennootschappelijke medezeggenschap in historisch perspectief

Tot de jaren zestig van de vorige eeuw beschouwden juristen de vennootschap en de onderneming als twee huizen onder één kap. In het ene huis woonden de werknemers met een ondernemingsraad en in het andere huis woonden de aandeelhouders met 'hun' bestuur en eventueel een raad van commissarissen. In de jaren zestig is deze zienswijze gaan kantelen. Gewijzigde inzichten met betrekking tot de verhoudingen in een onderneming leidden tot de instelling van de Commissie

Verdam. Deze commissie had tot taak te onderzoeken of de rechtsvorm van de onderneming herziening behoeft. De aandacht ging uit naar het bestuur en het toezicht bij grote ondernemingen, alsmede de publieke verantwoording van de onderneming.¹ De Commissie Verdam constateerde in haar rapport dat de aandeelhouders van grote ondernemingen zich in de praktijk nauwelijks nog met de onderneming bemoeiden en dat de leiding in hoge mate autonoom was geworden. Onder die omstandigheden paste het volgens de meerderheid van de commissieleden niet dat eenzijdig aan de aandeelhouders belangrijke bevoegdheden toekwamen, terwijl de werknemers die dikwijls voor hun gehele bestaan van de onderneming afhankelijk waren, op deze aangelegenheden geen invloed hadden.²

De Commissie Verdam stelde voor de medezeggenschap van werknemers in grote ondernemingen vorm te geven door een raad van commissarissen verplicht te stellen en de werknemers, naast de aandeelhouders, invloed toe te kennen op de samenstelling daarvan. Over de wijze waarop die invloed gestalte moest krijgen, was de commissie verdeeld. Een kleine meerderheid bepleitte werknemers de bevoegdheid te geven tot de benoeming van ten minste één lid van de raad van commissarissen en, indien de raad uit meer dan vijf personen zou bestaan, van ten minste twee leden. Een minderheid voorzag bij deze constructie problemen in een goede functionering van de raad van commissarissen, aangezien de samenstelling deels zou bestaan uit 'kapitaalscommissarissen' en deels uit 'arbeidscommissarissen'.

Op verzoek van het toenmalige kabinet bracht de SER in 1969 advies uit over de voorstellen van de Commissie Verdam.³ Aanvankelijk zag het ernaar uit dat de tegengestelde standpunten binnen de Commissie Verdam eveneens binnen de SER zouden worden ingenomen. Als gevolg van een op het laatste moment bereikt compromis kon de SER alsnog een unaniem advies uitbrengen.⁴ Dit SER-advies lag ten grondslag aan de eerste wettelijke regeling inzake medezeggenschap die in 1971 in werking trad (Structuurwet).⁵ De wet gold aanvankelijk uitsluitend voor grote naamloze en besloten vennootschappen, maar werd in 1988 ook (in beperkte vorm) van toepassing op grote coöperaties en grote onderlinge waarborgmaatschappijen. De wet had tot gevolg dat de werknemers uit de onderneming via de raad van commissarissen de vennootschap instapten. Dit gebeurde via een stelsel van gecontroleerde coöptatie. Vennootschappen die onder het toepassingsbereik van de Structuurwet vielen (ook wel structuurvennootschappen genoemd), werden verplicht een raad van commissarissen in te stellen. De raad verkreeg het recht zijn eigen commissarissen te benoemen, maar aan de ondernemingsraad en de algemene vergadering kwam het recht toe personen aan te bevelen en tegen een voorgenomen benoeming bezwaar te

1 Commissie Verdam (1964), p. 2.

2 Commissie Verdam (1964), p. 23.

3 SER (1969).

4 Schut (1971), p. 307.

5 Wet van 6 mei 1971, *Stb.* 1971, 289. De wet trad grotendeels in werking op 1 juli 1971. De bepalingen werden oorspronkelijk neergelegd in het Wetboek van Koophandel. In 1976 werden de bepalingen geïncorporeerd in boek 2 BW.

maken. Daarnaast kende de Structuurwet aan de raad van commissarissen bepaalde bevoegdheden toe die voorheen bij de algemene vergadering lagen.

De Structuurwet maakte geen einde aan de discussie over de rol die werknemers op vennootschapsniveau moesten krijgen. In 1978 vroeg de toenmalige regering opnieuw advies aan de SER. De adviesaanvraag had betrekking op de wenselijkheid tot wijziging van de structuurregeling. De idee van het kabinet was dat aandeelhouders en werknemers ieder een derde deel van de commissarissen konden aanwijzen en de twee delen tezamen het derde deel zouden coöpteren. De SER kwam in 1984 met een verdeeld advies.⁶ De ondernemersleden en de meeste kroonleden bepleitten handhaving van het bestaande systeem. De werknemersleden en één kroonlid adviseerden tot een wijziging van het stelsel van de controleerde coöptatie naar een rechtstreeks benoemingsrecht. De regering sloot zich aan bij de meerderheid en handhaafde het bestaande stelsel. Een belangrijke overweging was dat de eenheid van de raad van commissarissen beter zou zijn gewaarborgd bij het coöptatiestelsel dan bij een benoemingsstelsel. Deze laatste variant kon aanleiding geven tot fractievorming en polarisatie.⁷

Hierna was het enige tijd rustig rondom het onderwerp. De discussie laaide weer op in de jaren negentig. Dit gebeurde mede onder invloed van de initiatieven in EU-verband.⁸ Het was de vraag of de structuurregeling nog wel voldeed aan de eisen op het gebied van *corporate governance*.⁹ De discussie spitste zich toe op de benoemingswijze van commissarissen en de invloed daarop van de belangrijkste *stakeholders* binnen de onderneming: aandeelhouders en werknemers. De veel gehoorde kritiek was dat het model van gecontroleerde coöptatie in de hand zou werken dat de raad van commissarissen onvoldoende alert optrad, doordat de raad uitsluitend aan zichzelf verantwoording schuldig was.¹⁰ Dit zou de raad van commissarissen ongevoelig maken voor kritiek van de *stakeholders*.

De discussie bracht het kabinet als ook de Tweede Kamer¹¹ ertoe in februari 2000 (wederom) advies in te winnen bij de SER. De adviesvraag richtte zich op de toekomst en het functioneren van de structuurregeling. Het SER-advies was unaniem.¹² De SER herhaalde zijn steun voor de constructie dat de structuurregeling naast de invloed van kapitaalverschaffers ook de medezeggenschap van

6 SER (1984).

7 *Kamerstukken II* 1984/85, 18 600, nr. 52.

8 Asser, Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* (2009), nr. 519.

9 Met de term *corporate governance* wordt doorgaans het samenstel van regels en factoren aangeduid dat bepalend is voor de machtsverhoudingen binnen ondernemingen en in het bijzonder bij ondernemingen die in stand worden gehouden door grote - al dan niet beursgenoteerde - vennootschappen.

10 Zie Koning (1997), p. 14; Honée (1996); Boot (1995), p. 280-281; Van der Grinten (1994), p. 86-87; Brink (1993), p. 258; Glasz (1993), p. 261-262; Van den Hoek (1992), p. 278.

11 *Kamerstukken II* 1999/00, 25 732, nr. 13.

12 SER (2001).

werknemers verankerde. Wel meende de SER dat het bestaande stelsel inzake de samenstelling van de raad van commissarissen toe was aan een heroverweging. Het voorstel kwam er in de kern op neer dat de algemene vergadering, op voordracht van de raad van commissarissen, de commissarissen zou moeten benoemen. De algemene vergadering en de ondernemingsraad behielden het recht personen voor benoeming tot commissaris aan te bevelen, met dien verstande dat de ondernemingsraad een bijzonder voordrachtsrecht kreeg voor ten hoogste een derde van het aantal commissarissen. Het wetsvoorstel van 8 januari 2002 was in grote mate op het SER-advies gebaseerd.¹³ De wetswijziging werd in de memorie van toelichting als volgt toegeleend: *‘Gelet op de internationale economie van ons land moet worden gewaakt tegen wettelijke voorschriften die te zeer afwijken van hetgeen in de ons omringende landen gebruikelijk is. (...) Naar ons oordeel passen de voorstellen in de internationale ontwikkelingen rond corporate governance, vooral waar het gaat om het recht van de aandeelhouders de commissarissen te benoemen en te ontslaan. (...) Tegelijkertijd doet het voorstel recht aan het hier te lande bereikte niveau van medezeggenschap, in het bijzonder door het versterkte aanbevelingsrecht van de ondernemingsraad.’*¹⁴

De behandeling van het wetsvoorstel verliep niet zonder slag of stoot. De Tweede Kamer diende tal van amendementen in. Veel van de amendementen zagen op aspecten die niets met de structuurregeling van doen hadden.¹⁵ De wet trad uiteindelijk op 1 oktober 2004 in werking en is tot op heden van toepassing. Met inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht per 1 januari 2013 is de verplichting voor structuurvennootschappen tot het instellen van een raad van commissarissen komen te vervallen. Thans kan een structuurvennootschap ook kiezen voor een monistische bestuursstructuur waarin de structuurbevoegdheden van de werknemers betrekking hebben op de niet-uitvoerende leden van het bestuursorgaan.

Het vennootschappelijke medezeggenschapsterrein is per 1 juli 2010 uitgebreid met een spreekrecht. Het spreekrecht geeft de ondernemingsraad onder meer de bevoegdheid voorafgaand aan de desbetreffende algemene aandeelhoudersvergadering zijn standpunt te bepalen met betrekking tot een voorgenomen benoeming of ontslag van een bestuurder dan wel commissaris in een NV.

4.2.2 De bestuursstructuur

4.2.2.1 Monistische bestuursstructuur

In een monistische bestuursstructuur spelen bestuur en toezicht zich binnen het bestuursorgaan af. Het bestuursorgaan bestaat uit twee soorten bestuurders: de

¹³ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 179, nr. 2.

¹⁴ *Kamerstukken II* 2001/02, 28, nr. 3, p. 16.

¹⁵ Het wetsvoorstel kende kort gezegd drie categorieën: i) wijzigingen in de structuurregeling, ii) overige wijzigingen, ongeacht of de structuurregeling van kracht is (de zogenaamde ‘smokkelwaar’) en iii) de verankering van de Corporate Governance Code in boek 2 BW.

uitvoerende bestuurders die het dagelijks bestuur uitoefenen en de niet-uitvoerende bestuurders die de hoofdlijnen van het beleid vaststellen en op het dagelijks bestuur toezicht houden.¹⁶ Wanneer binnen het bestuursorgaan een onderscheid tussen uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders ontbreekt, spreekt men wel van een normaal (monistisch) bestuursmodel.¹⁷

Lange tijd kende het Nederlandse recht geen wettelijke regeling inzake een verdeling tussen uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders. Strikt genomen verzette de wet zich niet tegen een dergelijk onderscheid.¹⁸ In de praktijk bestond evenwel onzekerheid over de verenigbaarheid van een dergelijke taakverdeling met de wet en in het verlengde daarvan de impact op de interne en externe aansprakelijkheid van het bestuur.¹⁹ In 2005 zag de eerste wettelijke regeling het licht met inwerkingtreding van de uitvoeringswetgeving inzake de SE-Verordening.²⁰ Deze regeling stond niet open voor nationale vennootschappen. Met inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht per 1 januari 2013 is ook voor nationale vennootschappen de monistische bestuursstructuur in de wet verankerd.²¹

De Wet bestuur en toezicht heeft boek 2 BW op een aantal punten gewijzigd. Een belangrijk element is dat art. 2:129a/239a BW vennootschappen de mogelijkheid biedt bij de statuten te bepalen dat de bestuurstaken kunnen worden verdeeld over één of meer uitvoerende en één of meer niet-uitvoerende bestuursleden.²² Bij een structuurvennootschap is het maken van een dergelijk onderscheid tussen bestuurders verplicht indien de vennootschap geen raad van commissarissen wenst in te stellen (zie hierna). De daadwerkelijke taakverdeling kan in de statuten worden uitgewerkt, maar kan ook plaatsvinden in een bestuursbesluit of reglement.²³ Het is niet mogelijk aan de niet-uitvoerende bestuurders de taak van toezicht²⁴ te

16 Asser, Macijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* (2009), nr. 424.

17 Van Olffen (2012), p. 482 en (2009), p. 39-40.

18 *Kamerstukken II* 2010/11, 31 763, nr. C, p. 1.

19 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 4.

20 Uitvoeringswet SE-Verordening, *Stb.* 2005, 150.

21 Wet van 6 juni 2011 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen, *Stb.* 2011, 275.

22 Taken die niet aan een specifieke bestuurder zijn toegekend, liggen bij het bestuur in het geheel (art. 2:9 lid 1 BW). De omvang van de taak van een bestuurder hangt dus mede af van de toedeling aan zijn medebestuurders. Vindt toedeling aan een bestuurder plaats, dan krijgt die betreffende bestuurder er geen nieuwe taak bij (de taak behoorde immers al tot zijn takenpakket), maar valt deze taak door de taakverdeling buiten het takenpakket van de andere bestuurders.

23 Van Olffen (2012), p. 482-483.

24 Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat met toezicht is bedoeld op de wijze waarop het toezicht wordt uitgeoefend door de raad van commissarissen, zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 15 en nr. 6, p. 15. Het gaat dus om het houden van toezicht op het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken in de vennootschap. In een monistische bestuursstructuur houden alle bestuurders overigens een bepaalde vorm van toezicht op elkaar. Voor een nadere uiteenzetting wordt verwezen naar Dumoulin (2012), p. 492; Asser, Macijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* (2009), nr. 424; Van Olffen (2009), p. 43.

ontnemen. Daarnaast kan aan de uitvoerende bestuurders niet worden toebedeeld: het voorzitterschap van het bestuur, het doen van voordrachten voor de benoeming van bestuurders en de vaststelling van hun bezoldiging (art. 2:129a/239a BW). Hieruit leid ik af dat deze taken bij de niet-uitvoerende bestuurders liggen of – zoals geldt voor de vaststelling van de bezoldiging – in de statuten slechts aan de niet-uitvoerende bestuurders kunnen worden toegekend.²⁵ Bij of krachtens de statuten kan bovendien worden bepaald dat individuele bestuurders bestuursbesluiten nemen over zaken die tot hun taak behoren zonder dat andere bestuurders hoeven te worden geraadpleegd (art. 2:129a/239a lid 3 BW). De taakverdeling laat onverlet dat ook in een monistische bestuursstructuur aan het bestuur de dagelijkse leiding toekomt en de niet-uitvoerende bestuursleden verantwoordelijk zijn voor de besluiten van het bestuur (collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur).²⁶ Naast de integratie in één vennootschappelijk orgaan, betreft deze collectieve verantwoordelijkheid een belangrijk verschil met de dualistische bestuursstructuur.

Alle bestuurders richten zich bij de vervulling van hun taak naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Sinds 1 januari 2013 is deze norm wettelijk vastgelegd (art. 2:129/239 lid 5 BW).²⁷

Structuurregeling

Het voorontwerp bestuur en toezicht stelde de monistische structuur oorspronkelijk niet open voor structuurvennootschappen. In de daarbij behorende toelichting werd als reden genoemd dat wanneer de vennootschap een bepaalde omvang bereikt *‘er vanuit wordt gegaan dat de daarmee verbonden onderneming zozeer maatschappelijk van betekenis is dat de vrijheid van de ondernemer om de eigen structuur te kiezen, moet wijken voor het belang van de maatschappij bij goed en onafhankelijk toezicht’*.²⁸ Na afloop van de consultatieronde heeft de Minister van Justitie de monistische bestuursstructuur alsnog voor structuurvennootschappen opengesteld.

25 Deze zienswijze vindt ondersteuning in de memorie van toelichting bij de Wet bestuur en toezicht, zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 15.

26 De collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur moet worden onderscheiden van de aansprakelijkheid van individuele bestuurders. Op grond van art. 2:9 lid 2 BW is een bestuurder aansprakelijk voor de gevolgen van onbehoorlijk bestuur tenzij hem, mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken, geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden. Taakverdeling binnen het bestuur is daarmee een belangrijke disculpatiegrond. Dit wil niet zeggen dat een taakverdeling zonder meer tot disculpatie leidt. Dit volgt uit de woorden ‘mede gelet op’ in art. 2:9 lid 2 BW. Zie over de aansprakelijkheid van niet-uitvoerende bestuurders meer uitgebreid Strik (2012); Dumoulin (2012), p. 489-490; Wezeman (2009), p. 93-107.

27 Dat het bestuur zich bij de uitoefening van zijn taak dient te richten naar het belang van de vennootschap werd ook reeds voor de inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht aangenomen. Vgl. Asser, Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* (2009), nr. 394.

28 Deze eerdere versie van de memorie van toelichting is niet als officieel kamerstuk gepubliceerd.

Deze wijziging wordt toegelicht met de enkele mededeling dat in de consultatieronde door vrijwel alle respondenten was aangegeven dat zij een toepassing voor structuurvennootschappen wenselijk achtten.²⁹

Art. 2:164a/274a BW biedt structuurvennootschappen de mogelijkheid bij statuten over te gaan tot een taakverdeling binnen het bestuursorgaan als alternatief voor het verplicht instellen van een raad van commissarissen. Op de niet-uitvoerende bestuursleden wordt een reeks bepalingen ten aanzien van de commissarissen van overeenkomstige toepassing verklaard (art. 2:164a/274a lid 1 BW). Het gaat om de omvang van het orgaan, de onverenigbaarheid van functies en het heenzendrecht. Daarnaast hebben de niet-uitvoerende bestuurders de bevoegdheid de uitvoerende bestuurders te benoemen (art. 164a/274a lid 2 BW) respectievelijk te schorsen en te ontslaan (art. 2:134/244 lid 1 BW). De Wet bestuur en toezicht maakt naar de letter van de wet geen onderscheid tussen het volledige en het gematigde regime. In de literatuur is wel gesteld dat de invoering van een monistische structuur bij een vennootschap met een gematigd regime tot gevolg heeft dat de algemene vergadering het recht verliest tot benoeming van de uitvoerende bestuurders.³⁰ Dit acht ik niet juist. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat art. 2:164a/274a BW aansluit bij art. 2:162/272 BW.³¹ Op grond hiervan kan men aannemen dat de benoemings- en ontslagbevoegdheid slechts bij toepassing van het volledig regime bij de niet-uitvoerende bestuurders berust.

Het goedkeuringsrecht van de raad van commissarissen met betrekking tot de zogenoemde art. 164/274-besluiten (belangrijke bestuursbesluiten) is niet van overeenkomstige toepassing verklaard. Hoewel deze bevoegdheid een wezenlijk onderdeel uitmaakt van de structuurregeling, achtte de Minister van Justitie een dergelijk goedkeuringsrecht niet goed denkbaar in een monistische structuur.³² In het oorspronkelijke wetsontwerp was bepaald dat deze besluiten niet door één of meer bestuurders kunnen worden genomen. Dit hield in dat alleen het bestuur (als orgaan) hiertoe bevoegd was. Bij de behandeling van het wetsvoorstel werd door de Kamerleden Kalma, Van Vroonhoven-Kok en Weekers gesteld dat deze bepaling leidde tot een vermindering van de invloed van de niet-uitvoerende bestuurders op de besluitvorming. Er werd op gewezen dat de raad van commissarissen in een dualistische structuur de mogelijkheid heeft om met een meerderheid van stemmen dergelijke bestuursbesluiten tegen te houden, terwijl die bevoegdheid de niet-uitvoerende bestuursleden slechts toekwam indien zij tezamen een meerderheid in het bestuur vormden.³³ Naar aanleiding van een amendement van voornoemde Kamerleden is aan art. 2:164a/274a BW een vierde lid toegevoegd. Op grond

²⁹ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 4 en 20.

³⁰ Schoonbrood & Klein Bronvoort (2011), p. 568-569; Dortmond (2009), p. 313.

³¹ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 21; *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 28.

³² *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 21.

³³ *Kamerstukken II* 2009/10, 31 763, nr. 15.

hiervan vereisen art. 164/274-besluiten de goedkeuring van de meerderheid van de niet-uitvoerende bestuurders.

4.2.2.2 Dualistische bestuursstructuur

Kenmerkend voor de dualistische bestuursstructuur is de instelling van een afzonderlijk toezichthoudend orgaan, de raad van commissarissen. Net als in een monistische bestuursstructuur heeft het bestuur de dagelijkse leiding (art. 2:129/239 BW). De toezichthoudende functie ligt bij de raad van commissarissen (art. 2:140/250 BW). De raad van commissarissen houdt toezicht op het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken in de vennootschap en de met haar verbonden onderneming(en). Het toezicht strekt zich uit tot een toetsing achteraf van gevoerd beleid, maar ook tot een toetsing van de algemene lijnen van het nog te voeren beleid op langere termijn. Voorts hebben commissarissen te waken over het functioneren, de kwaliteit en de continuïteit van het bestuur. Voor beursvennootschappen volgt een nadere concretisering uit de *Corporate Governance Code*. Bij beursvennootschappen strekt het toezicht zich uit tot de realisatie van de ondernemingsdoelstellingen, het financiële verslaggevingsproces, de naleving van wet- en regelgeving en de verhouding met de aandeelhouders. De raad van commissarissen staat het bestuur verder met raad terzijde (art. 2:140 lid 2/250 lid 2 BW). De toezichthoudende en adviserende taak hangen nauw met elkaar samen.³⁴

De raad van commissarissen is bevoegd bestuurders te allen tijde te schorsen (art. 2:147/257 BW). De algemene vergadering kan de schorsing opheffen, tenzij de benoeming van de bestuurders bij de raad van commissarissen berust (zie hierna met betrekking tot de structuurregeling). Voorts kunnen de statuten bepalen dat de raad van commissarissen bindende instructies aan het bestuur kan geven over de algemene lijnen van het te voeren beleid (art. 2:129/239 lid 4 BW). De statuten kunnen bovendien aanvullende taken en bevoegdheden aan de raad van commissarissen toekennen,³⁵ zoals de vaststelling van de bezoldiging van bestuurders (art. 2:135 lid 3/245 BW). Het bestuur moet tijdig en ongevraagd aan de raad van commissarissen de noodzakelijke gegevens verschaffen voor de uitoefening van zijn taak (art. 2:141/251 lid 1 BW). Hieronder vallen in ieder geval de gegevens die betrekking hebben op de onderwerpen waarop toezicht wordt gehouden.³⁶ Voorts stelt het bestuur de raad van commissarissen ten minste een keer per jaar schriftelijk op de hoogte van de hoofdlijnen van het strategisch beleid, de algemene en financiële risico's en het beheers- en controlesysteem van de vennootschap (art. 2:141/251 lid 2 BW).

³⁴ Asser, Macijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* (2009), nr. 488.

³⁵ Dit kunnen uiteraard geen bevoegdheden zijn die de wet dwingendrechtelijk heeft toebedeeld aan de algemene vergadering of het bestuur.

³⁶ Asser, Macijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* (2009), nr. 492.

De raad van commissarissen richt zich bij het uitoefenen van zijn taak naar het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming(en).³⁷ Het is niet toegestaan dat een commissaris zich alleen door het aandeelhouders- of werknemersbelang laat leiden. Dit principe wordt tot één van de kernvoorschriften van het Nederlandse vennootschapsrecht gerekend en brengt mee dat de commissarissen hun werkzaamheden verrichten zonder last en ruggespraak en zonder dat zij één specifiek belang vertegenwoordigen.³⁸ Dit geldt voor de raad van commissarissen als zodanig en dus ook voor de commissarissen die zijn benoemd op voordracht van de werknemers.

Structuurregeling

De taken en bevoegdheden van de raad van commissarissen zijn meeromvattend voor zover de vennootschap voldoet aan de cumulatieve criteria van de structuurregeling en/of de structuurregeling vrijwillig van toepassing heeft verklaard. De kernbepaling blijft art. 2:140/250 BW dat toezicht en advies als de taken noemt. Indien de vennootschap is onderworpen aan het volledige regime is de raad van commissarissen daarnaast bevoegd tot de benoeming en het ontslag van bestuurders. Ook kan de raad van commissarissen de bestuursleden schorsen zonder dat de aandeelhoudersvergadering tot opheffing kan besluiten (art. 2:147/257 BW). De bevoegdheid tot benoeming, schorsing en ontslag gaat ten koste van de bevoegdheden die in een gewone vennootschap aan de aandeelhoudersvergadering toekomen. Deze bevoegdheidsverschuiving vindt niet plaats als op de vennootschap het gematigde structuurregime van toepassing is (art. 2:155/165 BW).

De raad van commissarissen heeft in een structuurvennootschap bovendien een goedkeuringsbevoegdheid ten aanzien van bepaalde belangrijke bestuursbesluiten. Deze bevoegdheid bestaat zowel in het volledige als in het gematigde regime. De besluiten waar het om gaat, zijn aangeduid in art. 2:164/274 lid 1 a t/m l BW. Het betreft besluiten over aangelegenheden die in de regel diep ingrijpen in de structuur of het bestaan van de vennootschap of de door haar gedreven onderneming(en). Het ontbreken van goedkeuring van de raad van commissarissen maakt een rechtshandeling van het bestuur of van bestuurders tegenover een wederpartij van de vennootschap niet ongeldig (art. 2:164/274 lid 2 BW).³⁹ Een bestuursbesluit zonder de vereiste goedkeuring vestigt in beginsel wel een interne aansprakelijkheid van de

37 Honée (1996) gaat in zijn oratie uitgebreid in op de gedragsnorm voor commissarissen

38 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 179, nr. 3, p. 33.

39 Wist de wederpartij van de vennootschap dat het bestuur de vereiste goedkeuring niet had gekregen, dan kan aan deze derde worden tegengeworpen dat hij onrechtmatig heeft geprofiteerd en op grond van art. 6:162 BW gehouden is tot (gedeeltelijke) schadeloosstelling van de vennootschap. Vgl. Asser, Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* (2009), nr. 602.

handelende bestuurder(s) op grond van art. 2:9 BW.⁴⁰ De interne aansprakelijkheid ziet op de bestuurder in zijn relatie tot de vennootschap.

4.2.3 De structuurregeling

4.2.3.1 Het toepassingsbereik

Binnen de structuurregeling komen aan de ondernemingsraad bevoegdheden toe bij de benoeming van de niet-uitvoerende bestuursleden in een monistische structuur of de commissarissen in een dualistische structuur. De wetgever heeft gekozen voor een systeem waarin de structuurregeling na een bepaalde inlooperperiode dwingend wordt opgelegd aan vennootschappen van een bepaalde categorie en grootte. Dit maakt het noodzakelijk na te gaan welk type vennootschappen onder de regeling vallen en aan welke criteria deze vennootschappen moeten voldoen.

Type vennootschappen

De structuurregeling is van toepassing op Nederlandse rechtspersonen met een bepaalde rechtsvorm. Wat de kapitaalvennootschappen betreft, valt zowel de NV als de BV onder het toepassingsbereik.⁴¹ De inhoud van de structuurregeling is voor de NV vervat in de artt. 2:158-164a BW en voor de BV in de artt. 2:268-274a BW. Vennootschappen waarvan het geplaatste kapitaal direct of indirect geheel in handen is van de Staat, vallen onder het toepassingsbereik met dien verstande dat de betreffende vennootschap is onderworpen aan een gematigd regime. De structuurregeling geldt niet voor buitenlandse vennootschappen en de in Nederland gevestigde holding⁴² van een internationaal concern (art. 2:153/263 lid 3 (b) BW).

Ook een uit een grensoverschrijdende fusie ontstane NV of BV valt onder het toepassingsbereik. Het gaat immers om een nationale vennootschap. De structuurregeling legt de structuurregeling dwingend op aan de uit de fusie ontstane vennootschap, mits aan de hierna te bespreken overige criteria is voldaan. Dat de uit de fusie ontstane vennootschap op basis van de Tiende Richtlijn eventueel onderworpen is aan een grensoverschrijdend systeem van medezeggenschap, maakt geen verschil. Art. 16 lid 2 Tiende Richtlijn stelt slechts het nationale medezeggenschapsrecht buiten

40 HR 29 november 2002, NJ 2003/455, JOR 2003/2 m.nt. Bartmann (*Schwandt/Berghuizer Papierfabriek*). In het betreffende arrest overwoog de Hoge Raad dat het handelen in strijd met statutaire bepalingen die de vennootschap beogen te beschermen in beginsel een ernstig verwijt in de zin van art. 2:9 BW oplevert. Het ging in deze zaak om een statutair goedkeuringsrecht. De overwegingen uit het arrest zijn ook van toepassing in het geval dat het bestuur voorbij gaat aan een wettelijk (in art. 2:164/274 BW) opgenomen goedkeuringsrecht. Zie over dit onderwerp nader Asser, Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* (2009), nr. 602.

41 Ook de coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij vallen onder de structuurregeling. Deze twee typen rechtspersonen blijven verder buiten beschouwing.

42 Onder het begrip 'holding' wordt verstaan een vennootschap wier werkzaamheid zich uitsluitend of nagenoeg uitsluitend beperkt tot het beheer en de financiering van groepsmaatschappijen en van haar en hun deelnemingen in andere rechtspersonen.

werking en laat de taken en bevoegdheden van de vennootschapsorganen ten aanzien waarvan de medezeggenschap geldt, onverlet. Deze elementen worden beheerst door het nationale recht dat op de vennootschap van toepassing is. Dit is anders bij de ‘Nederlandse’ SE.⁴³ De wetgever heeft de toepasselijkheid van de structuurregeling op de SE niet opportuun geacht (art. 1:6 lid 2 WRW). Dit lijkt mij terecht. De SE-Verordening geeft invulling aan de taken en bevoegdheden van de verschillende organen in de vennootschap en biedt daarom geen plaats aan het nationale recht. Deze rangorde volgt uit art. 9 SE-Verordening, dat aan het nationale recht slechts een op de SE-Verordening (aanvullende) functie toekent. Ook de summiere elementen uit de structuurregeling die niet in de SE-Verordening zijn terug te vinden, ketsen hierop af.⁴⁴ Uiteraard kunnen bij overeenkomst of als uitkomst van de referentievoorschriften de vorm en mate van medezeggenschap zoals neergelegd in de structuurregeling op de SE van toepassing zijn. De vorm en mate van medezeggenschap vloeien dan echter uit de statuten en niet uit de structuurregeling voort.

Overige criteria

Indien de NV of BV aan de hierna te bespreken drie criteria voldoet, moet zij daarvan opgave doen bij het Handelsregister. Na verloop van drie jaar wordt de structuurregeling van rechtswege op deze vennootschap van toepassing (art. 2:153/263 lid 1 jo. art. 2:154/264 lid 1 BW). Peildatum voor de opgave is het einde van het boekjaar waarover de jaarrekening wordt vastgesteld.⁴⁵ Indien een structuurvennootschap niet langer aan de voorwaarden voldoet, geldt eenzelfde periode van drie jaar voordat de beëindiging van de toepassing van de structuurregeling is toegestaan (art. 2:154/265 lid 2 BW). Een vennootschap kan bij statuten ook vrijwillig besluiten de volledige of gemitigeerde structuurregeling van toepassing te verklaren (art. 2:157/267 BW). Dit besluit moet in beginsel ter advies worden voorgelegd aan de (centrale) ondernemingsraad die bij de onderneming van de betreffende vennootschap is

43 De literatuur is niet eensgezind over de vraag of de structuurregeling op de SE van toepassing is. Zie Witteveen (2004), p. 211-218; Van Veen (2012), p. 71-72; Buijs (2004), p. 267. Opmerkelijk is de opvatting van Witteveen. Volgens hem is de structuurregeling altijd van toepassing zodra de werknemers van de SE medezeggenschap kennen in de vorm van het Nederlandse (versterkte) aanbevelingsrecht. Hij gaat er daarbij ten onrechte vanuit dat de ‘hoogste aantal-doctrine’ naast de mate van medezeggenschap, ook de taken en bevoegdheden inkleurt van het orgaan ten aanzien waarvan medezeggenschap geldt.

44 De structuurregeling kent een aantal onderdelen die niet in de SE-Verordening zijn terug te vinden, zoals het goedkeuringsrecht van de raad van commissarissen bij belangrijke bestuursbesluiten. De structuurregeling betreft een uitgebalanceerd systeem. Het ligt daarom niet voor de hand bepaalde onderdelen van toepassing te verklaren, terwijl de belangrijkste bepalingen van het systeem buiten werking zijn gesteld.

45 Asser, Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* (2009), nr. 528. Het niet naleven van de opgaafplicht betreft een economisch delict in de zin van art. 1 onder 4 WED.

ingesteld (art. 25 lid 1 (e) WOR). Dit geldt evenzo voor het besluit tot afschaffing van het vrijwillig aanvaarde regime.⁴⁶

De opgave bij het Handelsregister dient plaats te vinden, zodra de vennootschap voldoet aan de drie cumulatieve voorwaarden inzake i) de kapitaalomvang, ii) het werknemersaantal en iii) het bestaan van een ondernemingsraad. De eerste voorwaarde vereist dat het geplaatste kapitaal van de vennootschap tezamen met de reserves volgens de balans met toelichting ten minste een bij Koninklijk Besluit vastgesteld grensbedrag beloopt (art. 2:153/163 lid 2 (a) BW). Dit bedrag is per 1 oktober 2004 vastgesteld op 16 miljoen euro. Op grond van de tweede voorwaarde moeten bij de vennootschap en haar afhankelijke maatschappijen tezamen in de regel meer dan 100 werknemers in Nederland werkzaam zijn. De literatuur is verdeeld over de vraag of het begrip ‘werkzaam zijn’ betekent dat een persoon feitelijk in de vennootschap werkzaam is dan wel dat tussen partijen een arbeidsovereenkomst bestaat. De meerderheid van de auteurs gaat van de eerste uitleg uit.⁴⁷ Gedetacheerden en uitzendkrachten tellen dus mee voor het werknemersaantal. De toevoeging ‘in de regel’ maakt duidelijk dat het personeelsbestand enigszins duurzaam dient te zijn. De vennootschap waarbij gedurende lange tijd tachtig werknemers werkzaam zijn en die in een piekperiode tijdelijk twintig werknemers extra aanstelt, voldoet dus niet (direct) aan de voorwaarde inzake het werknemersaantal.

De derde en laatste voorwaarde vereist dat de vennootschap of een afhankelijke maatschappij krachtens wettelijke verplichting een ondernemingsraad heeft ingesteld. De wetgever lichtte de keuze voor deze voorwaarde toe door erop te wijzen dat de structuurregeling berust op de veronderstelling dat er een ondernemingsraad is. Anders gezegd, zonder een ondernemingsraad kunnen de structuurbevoegdheden niet worden uitgeoefend. Aan de voorwaarde is niet voldaan indien de ondernemer ondanks de wettelijke verplichting niet tot instelling van een ondernemingsraad is overgaan.⁴⁸ De wet spreekt overigens van het ingesteld zijn ‘krachtens wettelijke verplichting’. Het is daarom niet voldoende als een ondernemingsraad vrijwillig of op grond van een cao is ingesteld krachtens art. 5a lid 2 WOR.⁴⁹ Problemen doen

46 HR 26 januari 1994, *NJ* 1994/545 m.nt. Ma, *JAR* 1994/32 (*Heuga*). Zie over de structuurgeling en de adviesbevoegdheid van de ondernemingsraad recent Kanen (2012).

47 Zie o.a. Asser, Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* (2009), nr. 527; Bartman & Dorrestein (2009), p. 136; Verburg (2007a), p. 94; De Nijs Bik (2004), p.17; Raaijmakers (1998), p. 30. Anders Losbl. Rp. (Wezeman), art. 2:153 BW, aant. 5 en 10. Het begrip ‘werkzaam zijn’ wijkt af van de betekenis die de WOR aan het begrip geeft. Art. 1 lid 2 WOR verstaat onder werkzame personen ‘degenen die in de onderneming werkzaam zijn krachtens een publiekrechtelijke aanstelling bij dan wel krachtens een arbeidsovereenkomst met de ondernemer die de onderneming in stand houdt’. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat hieraan is voldaan indien de werknemer met de onderneming een arbeidsovereenkomst heeft en daarnaast feitelijk in de onderneming werkzaam is.

48 Werknemers hebben in dat geval de mogelijkheid bij de bevoegde kantonrechter instelling van een ondernemingsraad af te dwingen.

49 Wordt de structuurregeling vrijwillig toegepast, dan is wel aan de derde voorwaarde voldaan indien de ondernemingsraad op grond van art. 5 lid 2 WOR is ingesteld (art. 2:157/276 BW).

zich voor indien de vennootschap tijdens de toepassing van de structuurregeling niet meer wettelijk verplicht is tot het instellen van een ondernemingsraad. Ik heb de situatie in gedachten dat het werknemersaantal van een structuurvennootschap onder de vijftig zakt. De wet bepaalt dat de vennootschap nog drie jaar na doorhaling van de inschrijving in het Handelsregister aan de structuurregeling onderworpen blijft. Gedurende deze periode is er echter geen wettelijk ingestelde ondernemingsraad om de structuurbevoegdheden uit te oefenen. De werknemers verliezen dan hun structuurbevoegdheden.

Een (grensoverschrijdende) juridische fusie kan gevolgen hebben voor de toepassing van de structuurregeling. Indien de Nederlandse verkrijgende vennootschap voorafgaand aan de fusie aan de structuurregeling is onderworpen en na de fusie nog steeds aan de criteria voldoet, blijft de structuurregeling op de vennootschap van toepassing. Lastiger is de vraag wat geldt voor een nieuw opgerichte vennootschap of een verkrijgende niet-structuurvennootschap die met een verdwijnende structuurvennootschap fuseert. Gaat de structuurregeling als een gevolg van de fusie mee over? De literatuur beantwoordt deze vraag met betrekking tot een nationale fusie ontkennend.⁵⁰ Belangrijkste argument is het ontbreken van een rechtsgrondslag voor de overgang van de structuurregeling. Ik sluit mij daarbij aan wat de grensoverschrijdende fusie betreft. Voor een grensoverschrijdende fusie komt daar nog bij dat de uit de fusie ontstane vennootschap een vennootschap naar buitenlands recht kan zijn die niet onder het toepassingsbereik van de structuurregeling valt. Ook dit staat aan een rechtsovergang in de weg. Na een (grensoverschrijdende) juridische fusie moet dus opnieuw worden beoordeeld in hoeverre de uit de fusie ontstane vennootschap aan de voorwaarden van de structuurregeling voldoet.

4.2.3.2 Samenstelling van het toezichthoudende orgaan

De vennootschap die onder de structuurregeling valt of deze vrijwillig toepast, dient binnen haar bestuursstructuur verplicht een toezichthoudend element in te bouwen. Dit kan door het instellen van een raad van commissarissen of het benoemen van niet-uitvoerende bestuursleden (hierna gezamenlijk aan te duiden met de term toezichthouders). Deze verplichting komt voort uit de gedachte dat bij vennootschappen van een bepaalde omvang het onafhankelijke toezicht op het beleid van het bestuur anders onvoldoende gewaarborgd zou zijn. Aandeelhouders zouden meer ‘belegger’ zijn en niet daadwerkelijk zeggenschap uitoefenen.

De structuurregeling vereist minimaal drie toezichthouders. Dit aantal is mede van belang met het oog op het aantal leden dat op basis van het versterkte aanbevelingsrecht van de (centrale) ondernemingsraad wordt benoemd. In de statuten kan van dit minimumaantal naar beneden worden afgeweken, met dien verstande dat de toezichthouders alsmede de ondernemingsraad hiermee instemmen

⁵⁰ Asser, Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* (2009), nr. 530.

(art. 2:158/268 lid 12 BW). De omvang volgt uit een profielschets die door de toezichthouders is opgesteld.⁵¹ De profielschets bepaalt eveneens de samenstelling, waarbij rekening wordt gehouden met de aard van de onderneming, haar activiteiten en de gewenste deskundigheid en achtergrond van de toezichthouders (art. 2:158/268 lid 3 BW). Sinds 1 januari 2013 is wettelijk bepaald dat grote vennootschappen⁵² bij het opstellen van de profielschets zo veel mogelijk rekening moeten houden met een evenwichtige verdeling over vrouwen en mannen. Dit houdt in dat de zetels ten minste voor 30% door vrouwen en ten minste voor 30% door mannen worden bezet.⁵³ Voor beursvennootschappen bepaalt de *Corporate Governance Code* nog dat elke commissaris (en thans ook – zo lijkt mij – de niet-uitvoerende bestuurder) geschikt moet zijn de hoofdlijnen van het totale beleid te beoordelen en beschikt over de specifieke deskundigheid die noodzakelijk is voor de vervulling van zijn taak.⁵⁴ De vaststelling van de profielschets als ook iedere wijziging daarvan wordt besproken in de algemene vergadering en met de (centrale) ondernemingsraad die bevoegd is tot het doen van aanbevelingen. De (centrale) ondernemingsraad heeft op dit terrein geen formele adviesrechten.

Bepaalde personen zijn wettelijk uitgesloten om op te treden als toezichthouder.⁵⁵ Het gaat om (i) personen in dienst van de vennootschap en/of de afhankelijke maatschappij en (ii) bestuurders en personen in dienst van een vakbond die betrokken is bij de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden van de werknemers in de betreffende vennootschap of afhankelijke maatschappij. De uitsluiting vloeit voort uit de gedachte dat deze personen veelal niet geacht kunnen worden voldoende vrij te staan tegenover de leiding van de vennootschap en haar personeel. Uitgangspunt is immers dat de toezichthouders handelen in het algemeen belang van de vennootschap en niet een specifiek deelbelang, zoals bijvoorbeeld het werknemersbelang, behartigen. In dat verband is opmerkelijk dat aandeelhouders wel benoembaar zijn. Dit geldt eveneens voor bestuurders van de moedermaatschappij.⁵⁶

51 De raad van commissarissen dan wel het niet-uitvoerende bestuur is uiteraard wel gehouden aan het wettelijke of in de statuten neergelegde minimumaantal.

52 Hieraan is voldaan indien de vennootschap niet voldoet aan ten minste twee van de vereisten genoemd in art. 2:397 lid 1 BW. Uit de toelichting op het betreffende amendement blijkt dat is beoogd de streefcijfers slechts op zogenoemde grote vennootschappen van toepassing te verklaren, zie *Kamerstukken II* 2009/10, 31 763, nr. 14, p. 4.

53 Vennootschappen die aan de streefcijfers dienen te voldoen maar deze niet hebben bereikt, moeten in hun jaarverslag uiteenzetten waarom de zetels niet evenwichtig zijn verdeeld, op welke wijze de vennootschap heeft getracht tot een evenwichtige verdeling van de zetels te komen en op welke wijze zij beoogt in de toekomst een dergelijke verdeling te realiseren (art. 2:391 lid 7 BW).

54 Nederlandse Corporate Governance Code 2008, best practice III. 3.2.

55 Een benoeming van een toezichthouder in strijd met art. 2:160/270 BW is nietig op grond van art. 2:14 BW.

56 Onder omstandigheden kan bij de benoeming van bestuurders van de moedermaatschappij wel sprake zijn van een raad van commissarissen die niet naar behoren is samengesteld, zie HR 14 september 2007, *NJ* 2007/612, *JOR* 2007/239, m.nt. Bartman (*Versatel III*). Vgl. Asser, Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* (2009), nr. 564.

4.2.3.3 Verkiezing van de toezichthouders

Het systeem van coöptatie, waarbij de raad van commissarissen zijn eigen leden benoemde, is met de wijziging van de structuurregeling in 2004 afgeschaft. Volgens de SER kleefde aan het coöptatiestelsel een zeker legitimatiegebrek. Dit stelsel deed onvoldoende recht aan het fundamentele gegeven dat de aandeelhouders de vennootschap risicodragend financieren.⁵⁷ De door de SER in 2001 aangedragen wijziging inzake de benoeming en het ontslag van de raad van commissarissen is door de wetgever in grote lijnen overgenomen. Met inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht is deze benoemingsprocedure ook van toepassing op de niet-uitvoerende bestuursleden in een monistische bestuursstructuur.

De benoeming geschiedt door de algemene vergadering. De raad van commissarissen dan wel het niet-uitvoerende bestuur heeft een bindend recht van voordracht, dat de algemene vergadering slechts terzijde kan schuiven met volstreckte meerderheid van de uitgebrachte stemmen vertegenwoordigend ten minste één derde van het geplaatste kapitaal (art. 158/268 lid 9 BW).⁵⁸ De algemene vergadering als ook de ondernemingsraad kunnen voor elke vacature personen aanbevelen. Dit algemene aanbevelingsrecht is in die zin vrijblijvend dat de raad van commissarissen dan wel het niet-uitvoerende bestuur een aanbeveling naast zich neer kan leggen zonder dat de ondernemingsraad daartegen in rechte kan opkomen. Feitelijk behelst het algemene aanbevelingsrecht niet meer dan het innemen van een standpunt. Dit neemt niet weg dat het proces wel met de nodige zorgvuldigheid moet worden afgehandeld. Een benoeming zonder dat de ondernemingsraad in de gelegenheid is gesteld zijn aanbevelingsrecht uit te oefenen, maakt het besluit vernietigbaar wegens strijd met de totstandkomingsvereisten (art. 2:15 lid 1 (a) BW).

Naast het algemene aanbevelingsrecht komt de ondernemingsraad een versterkt aanbevelingsrecht toe ten aanzien van een derde van de toezichthouders (art. 2:158/268 lid 6 BW).⁵⁹ Dit versterkte aanbevelingsrecht is in zoverre bindend dat de raad van commissarissen dan wel het niet-uitvoerende bestuur in beginsel gehouden is deze kandidaat aan de algemene vergadering voor te dragen. Het versterkte

⁵⁷ SER (2001), p. 47.

⁵⁸ Dit kan bij volstreckte meerderheid van de uitgebrachte stemmen, vertegenwoordigend ten minste een derde van het geplaatste kapitaal. Indien er wel een volstreckte meerderheid van stemmen is maar deze meerderheid niet ten minste een derde van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigt, kan een nieuwe algemene vergadering worden bijeengeroepen waarin de voordracht kan worden afgewezen met volstreckte meerderheid van stemmen. Bij afwijzing maakt de raad van commissarissen dan wel het niet-uitvoerende bestuur een nieuwe voordracht op. De algemene vergadering is na afwijzing dus niet vrij zelf een kandidaat te benoemen.

⁵⁹ Het is mogelijk dat het aantal toezichthouders niet door drie deelbaar is. In dat geval gaat men uit van het naastgelegen lagere getal dat wel door drie deelbaar is. Bij zeven commissarissen wordt voor het versterkte aanbevelingsrecht het naastgelegen lagere getal zes gehanteerd en komt de ondernemingsraad een versterkt aanbevelingsrecht toe met betrekking tot twee toezichthouders.

aanbevelingsrecht van de ondernemingsraad doet overigens niet af aan de onafhankelijkheid van de op zijn voordracht benoemde toezichthouder. De toezichthouder dient te allen tijde te handelen in het belang van de vennootschap. De ratio is dat op deze wijze het vertrouwen van de ondernemingsraad in het orgaan toeneemt, zonder dat wordt overgegaan tot een samenstelling die is gebaseerd op de representatiegedachte.⁶⁰

Van het versterkte aanbevelingsrecht kan de raad van commissarissen dan wel het niet-uitvoerende bestuur slechts afwijken indien de verwachting bestaat dat (i) de aanbevolen persoon ongeschikt zal zijn voor de vervulling van de taak of (ii) de raad dan wel het niet-uitvoerende bestuur overeenkomstig de aanbeveling niet naar behoren zal zijn samengesteld. Voor de verwachting van ongeschiktheid moeten voldoende objectieve gronden bestaan,⁶¹ waarbij met name de profielschets een belangrijke rol vervult. De tweede bezwaargrond is eerst dan aanwezig indien het binnen het orgaan op een essentieel punt aan deskundigheid en ervaring ontbreekt of dat bepaalde karakteristieken juist te veel nadruk krijgen. Een andere reden kan zijn dat sprake is van partijdige belangenvertegenwoordiging of dat de samenstelling grond geeft voor de verwachting van onenigheid en daardoor een onzeker beleid.⁶² Bij gemaakt bezwaar verplicht de wet tot onderhandelingen met de ondernemingsraad. Wordt geen overeenstemming bereikt, dan kan een vertegenwoordiger van de raad van commissarissen dan wel het niet-uitvoerende bestuur de OK verzoeken het bezwaar gegrond te verklaren.⁶³ Een dergelijk verzoek is eerst mogelijk nadat vier weken zijn verstreken na aanvang van het overleg met de ondernemingsraad. Is het bezwaar gegrond, dan krijgt de ondernemingsraad de kans een nieuwe aanbeveling te doen.⁶⁴ Indien de OK het bezwaar ongegrond verklaart, moet de aanbevolen persoon voor de vacature worden voorgedragen. Let wel, de algemene vergadering behoudt ook dan de bevoegdheid de voordracht alsnog af te wijzen op grond van het hiervoor besproken art. 2:158/268 lid 9 BW.

Het (algemene en versterkte) aanbevelingsrecht komt toe aan de ondernemingsraad. Art. 2:158/268 lid 11 BW geeft een regeling voor de situatie dat binnen de vennootschap meerdere ondernemingsraden bestaan.⁶⁵ Vaak zal een centrale

60 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 179, nr. 3, p. 9.

61 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam (OK) 11 april 1991, *NJ* 1991/533 (*Regev*).

62 Asser, Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* (2009), nr. 564.

63 De wet stelt de aanwijzing van een vertegenwoordiger verplicht omdat de raad van commissarissen dan wel het niet-uitvoerende bestuur geen rechtssubject is en ook geen procesbevoegdheid aan de wettekst kan ontleen. De vertegenwoordiger kan een lid van het orgaan zijn, maar dat is strikt genomen niet vereist.

64 De OK kan geen proceskostenveroordeling uitspreken. Volgens de memorie van toelichting behoren de kosten uiteindelijk door de vennootschap te worden gedragen, zie *Kamerstukken II* 2001/02, 28 179, nr. 3, p. 35-36.

65 Dit speelt wanneer binnen één en dezelfde vennootschap meerdere arbeidsorganisatorische eenheden bestaan die tot instelling van een ondernemingsraad zijn overgegaan.

ondernemingsraad zijn ingesteld die tot uitoefening bevoegd is.⁶⁶ Ontbreekt een centrale ondernemingsraad, dan worden de structuurbevoegdheden door de ondernemingsraden afzonderlijk uitgeoefend (mogen een eigen kandidaat voordragen). Deze regel geniet uitzondering met betrekking tot het versterkte aanbevelingsrecht. Nu een afzonderlijke uitoefening zou kunnen leiden tot de bindende voordracht van verschillende personen, bepaalt de wet dat de afzonderlijke ondernemingsraden in die specifieke situatie met een gezamenlijke voordracht moeten komen. Bij de vormgeving van art. 2:158/268 lid 11 BW valt op dat aan de GOR geen bevoegdheid toekomt.⁶⁷

Ontbreken alle toezichthouders dan geschiedt de benoeming door de algemene vergadering (art. 2:159/269 lid 1 BW). Bedoeld zal zijn dat de benoeming niet gebeurt op voordracht van de raad van commissarissen dan wel het niet-uitvoerende bestuur. Deze situatie doet zich voor indien de structuurregeling van toepassing wordt op een vennootschap die (nog) geen raad van commissarissen kent.⁶⁸ Mijns inziens geldt dit evenzo indien de structuurvennootschap de voorkeur geeft aan een monistische bestuursstructuur, maar bij de statuten nog geen niet-uitvoerende bestuursleden zijn benoemd. In beide situaties kan de ondernemingsraad zijn (versterkte) aanbevelingsrecht wel uitoefenen. Het (versterkte) aanbevelingsrecht wordt nu niet geldend gemaakt jegens de raad van commissarissen dan wel het niet-uitvoerende bestuur – die is er immers nog niet – maar jegens de algemene vergadering.

De algemene vergadering heeft het algehele benoemingsrecht niet nadat zij tot een collectief ontslag van de toezichthouders is overgegaan. In dat geval stelt de OK tijdelijk één of meer toezichthouders aan (art. 2:161a/271a BW). Nu dit een verzoekschriftprocedure betreft, kunnen de aandeelhouders als ook de ondernemingsraad zich als belanghebbende in de procedure voegen en via die weg alsnog hun invloed op de benoeming uitoefenen.⁶⁹ De door de OK benoemde personen hebben als belangrijkste taak zo spoedig mogelijk nieuwe leden voor te dragen met inachtneming van de normale benoemingsregels van art. 2:158/268 BW. Voor de volledigheid wordt nog vermeld dat de OK in een enquêteprocedure één of meer tijdelijke commissarissen kan benoemen als onmiddellijke voorziening (art. 2:356 (c) BW).

4.2.4 Het spreekrecht van de ondernemingsraad

Met ingang van 1 juli 2010 heeft de ondernemingsraad het recht zijn standpunt inzake de benoeming van bestuurders en commissarissen te bepalen en in de

⁶⁶ Een centrale ondernemingsraad wordt ingesteld voor alle door de ondernemer of de in de groep verbonden ondernemers in stand gehouden ondernemingen, ook voor de ondernemingen zonder eigen ondernemingsraad (art. 33-34 WOR).

⁶⁷ In gelijke zin Losbl. Rp. (Lennarts & Wezeman), art. 2:158 BW, aant. 12; Van Schilfgaarde & Winter (2009), p. 424 (nr. 140). Anders Asser, Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* (2009), nr. 573.

⁶⁸ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 179, nr. 3, p. 37.

⁶⁹ Dit is mogelijk krachtens de artt. 279 en 282 Rv.

aandeelhoudersvergadering toe te lichten. Deze bevoegdheid wordt ook wel aangeduid met de term ‘spreekrecht’ en is neergelegd in de artt. 2:134a en 2:144a BW.⁷⁰ Het spreekrecht is van toepassing op alle NV’s.⁷¹ De SER had gepleit voor een beperking tot beursgenoteerde NV’s, maar de wetgever heeft hiertoe geen aanleiding gezien.⁷² Als algemene voorwaarde geldt dat de NV krachtens wettelijke bepalingen een ondernemingsraad heeft ingesteld. Hieronder wordt tevens verstaan de ondernemingsraad van de onderneming van een dochtermaatschappij mits de werknemers van de betreffende vennootschap en de groepsmaatschappijen in meerderheid binnen Nederland werkzaam zijn (zie nader paragraaf 4.2.6.2).

4.2.4.1 Inhoud en aard

Het spreekrecht heeft als doel de algemene vergadering inzicht te bieden in hetgeen leeft binnen de onderneming. Dit inzicht moet bijdragen aan een evenwichtige besluitvorming en het creëren van een draagvlak onder de werknemers voor door de algemene vergadering te nemen benoemingsbesluiten. Voor de aanduiding van het spreekrecht hanteert de wet het begrip ‘standpunt’. Dit begrip stemt overeen met art. 2:161a/271a BW dat de ondernemingsraad het recht geeft zijn standpunt te bepalen over de collectieve heenzenning van de voltallige raad van commissarissen dan wel niet-uitvoerende bestuurders bij een structuurvennootschap.

Het standpunt van de ondernemingsraad wordt gelijktijdig met het benoemingsvoorstel aan de algemene vergadering aangeboden.⁷³ Om tot gelijktijdige toezending over te kunnen gaan, dient de ondernemingsraad tijdig in de gelegenheid te worden gesteld zijn standpunt te bepalen. De wet voorziet niet in een termijn. Dit zou onnodig formalistisch en niet in alle gevallen goed toepasbaar zijn. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat een termijn van dertig dagen voorafgaand aan de oproeping van de aandeelhoudersvergadering doorgaans tijdig is.⁷⁴ Concreet betekent dit dat het bestuur of de raad van commissarissen een maand voor het versturen van de agenda aan de algemene vergadering de ondernemingsraad om zijn

70 Het spreekrecht heeft tevens betrekking op de schorsing en het ontslag van bestuurders en commissarissen, het bezoldigingsbeleid voor het bestuur en de goedkeuring van bestuursbesluiten over een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap. Dit onderzoek beperkt zich tot het spreekrecht bij benoemingsbesluiten.

71 BV’s zijn niet aan het spreekrecht onderworpen.

72 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 877, nr. 3, p. 7.

73 Uit de memorie van toelichting blijkt dat toezending van het standpunt met de oproeping dient te gebeuren. Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 877, nr. 3, p. 1.

74 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 877, nr. 5, p. 26. De termijn van dertig dagen is geen vast gegeven. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de invulling van het begrip ‘tijdig’ afhankelijk is van de omstandigheden van het geval en in de regel het beste door de vennootschap kan worden bepaald. Daarbij dient als uitgangspunt te gelden dat de ondernemingsraad zoveel tijd moet worden gegund dat hij redelijkerwijs in staat is een standpunt over het voorstel in te nemen, dat standpunt schriftelijk te verwoorden en eventueel in overleg te treden met de opstellers.

standpunt inzake een voorgenomen benoemingsbesluit moet vragen.⁷⁵ Tijdens de algemene vergadering kan de voorzitter van de ondernemingsraad of een door hem aangewezen vervanger het standpunt van de ondernemingsraad toelichten. Dit zal met name voorkomen indien de ondernemingsraad een van de opsteller van het voorstel afwijkend standpunt inneemt.

Het spreekrecht is in aangepaste vorm van toepassing op een structuur-NV. Bij de benoeming van toezichthouders geldt het spreekrecht onverkort (art. 2:158 lid 4 BW). Het spreekrecht komt bovenop de algemene en versterkte aanbevelingsrechten van de ondernemingsraad met betrekking tot de voordracht. Indien de raad van commissarissen dan wel het niet-uitvoerende bestuur het algemeen aanbevelingsrecht van de ondernemingsraad niet overneemt, biedt het spreekrecht de ondernemingsraad de mogelijkheid de algemene vergadering ervan te overtuigen dat de voordracht moet worden afgewezen. De algemene vergadering beslist bij volstrekte meerderheid van de uitgebrachte stemmen vertegenwoordigend ten minste een derde van het geplaatste kapitaal (art. 2:158/268 lid 9 BW). Bij het versterkte aanbevelingsrecht is de aanvullende rol van het spreekrecht minder prominent aanwezig. In die situatie zal het standpunt van de ondernemingsraad overeenkomen met de voordracht die wordt gedaan. Dit neemt niet weg dat het spreekrecht ook hier de ondernemingsraad de mogelijkheid biedt in de algemene vergadering zijn keuze mondeling te motiveren.

In een structuur-NV komt de ondernemingsraad geen spreekrecht toe bij de benoeming van de (uitvoerende) bestuurders. De wetgever motiveert deze keuze door er op te wijzen dat in dat geval geen sprake is van besluitvorming door de aandeelhoudersvergadering, maar door de raad van commissarissen dan wel het niet-uitvoerende bestuur (art. 2:162 BW).⁷⁶ Binnen het gematigde regime berust het recht tot benoeming wel bij de aandeelhouders (art. 2:155 BW). In die situatie geldt uiteraard de hoofdregel en is het spreekrecht van de ondernemingsraad van toepassing. Deze zienswijze vindt steun in de memorie van toelichting.⁷⁷

4.2.4.2 Afdwingbaarheid

De wet bevat voor de algemene vergadering geen verplichting om het standpunt van de ondernemingsraad over te nemen. Maar wat is het rechtsgevolg als de ondernemingsraad helemaal niet in de gelegenheid is gesteld zijn standpunt kenbaar te maken? De laatste zin van art. 2:134a lid 1 BW bepaalt dat het ontbreken van een standpunt van de ondernemingsraad de besluitvorming over het benoemingsvoorstel

⁷⁵ Het bestuur en de raad van commissarissen hebben op grond van de artt. 2:109 jo. 2:114 BW het recht de aandeelhoudersvergadering bijeen te roepen en een agenda op te stellen waarop onder meer een benoeming kan worden opgenomen. De aandeelhouders kunnen op grond van art. 2:144a BW aanvullende agendapunten indienen. Indien een aanvullend agendapunt ziet op de benoeming, is het spreekrecht eveneens van toepassing.

⁷⁶ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 877, nr. 3, p. 7 en 14.

⁷⁷ *Kamerstukken II* 2009/10, 31 877, nr. 5, p. 22.

niet aantast. Willems stelt dat de wet niet meer zegt dan zij zegt: het ontbreken van het standpunt tast de besluitvorming niet aan. Er staat niets over het niet in de gelegenheid stellen van de ondernemingsraad tot het bepalen van een standpunt.⁷⁸ Volgens Willems is het besluit van de algemene vergadering dan ook nietig op de voet van art. 2:15 lid 1 BW indien de ondernemingsraad niet de gelegenheid heeft gehad een standpunt in te nemen. De wetsgeschiedenis brengt mij tot een andere conclusie. De memorie van toelichting vermeldt: *'Het kabinet verwacht dat de dialoog, het daarmee gecreëerde draagvlak voor de te nemen besluiten en de noodzaak dat alle bij de besluitvorming betrokkenen over de juiste informatie kunnen beschikken op zichzelf en in samenhang bezien voor de ondernemer aanleiding zullen zijn om de in het wetsvoorstel neergelegde voorschriften na te leven en aldus de ondernemingsraad in de gelegenheid te stellen zijn standpunt kenbaar te maken. Om die reden en vanwege het feit dat zulks voor het vestigingsklimaat niet bevorderlijk zou zijn, is ervoor gekozen om geen sancties op te nemen voor die gevallen waarin de ondernemingsraad niet in de gelegenheid wordt gesteld zijn standpunt kenbaar te maken.'*

De geciteerde passage toont aan dat de vernietiging van het benoemingsbesluit op grond van art. 2:15 BW niet mogelijk is wegens het feit dat de ondernemingsraad niet in de gelegenheid is gesteld een standpunt in te nemen. Het is overigens opmerkelijk dat het ontbreken van een standpunt bij de collectieve heenzenzing van de raad van commissarissen op grond van art. 2:161a/271a BW wel is gesanctioneerd met de vernietigbaarheid van het besluit.⁷⁹ Het argument van de wetgever dat andere lidstaten het spreekrecht niet kennen, acht ik weinig overtuigend. Dit geldt evenzo bij het standpuntbepalingsrecht van art. 2:161a/271a BW. De enige rechtvaardiging voor het onderscheid die ik kan bedenken is het feit dat de collectieve heenzenzing betrekking heeft op een aangelegenheid waarin de ondernemingsraad een eigen recht heeft (het aanbevelingsrecht). Het besluit van de algemene vergadering tot heenzenzing heeft betrekking op de gehele raad van commissarissen, dus ook de commissarissen die op aanbeveling van de ondernemingsraad zijn benoemd. Dit versterkt het belang dat de ondernemingsraad daarover zijn mening kan geven.

Nowak verdedigt nog de stelling dat het niet vragen van het standpunt van de ondernemingsraad de vernietiging van het besluit op grond van de redelijkheid en billijkheid tot gevolg kan hebben.⁸⁰ Ik acht dit te betwijfelen. De vernietiging van art. 2:8 BW loopt via de band van art. 2:15 lid 1 (b) BW.⁸¹ Deze zienswijze wordt bevestigd door de memorie van antwoord tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer. Daarin verwoordt de Minister van Justitie het als volgt: *'Met deze bepaling worden alle vormen van nietigheid en vernietigbaarheid uitgesloten, vernietigbaarheid op grond van strijd met de redelijkheid en billijkheid*

⁷⁸ Willems (2013), p. 21.

⁷⁹ *Kamerstukken I* 2003/04, 28 179, nr. B, p. 22.

⁸⁰ Nowak (2009), p. 264.

⁸¹ In gelijke zin Holtzer (2010), p. 556.

van art. 2:8 BW daaronder begrepen'.⁸² Hiermee is niet gezegd dat het benoemingsbesluit van de algemene vergadering nooit in strijd kan zijn met de norm van art. 2:8 BW. Ik sluit me aan bij Willems die strijd met art. 2:8 BW een optie acht bij een ernstig tekortschietende motivering van het benoemingsbesluit (mede) in het licht van de door de ondernemingsraad ingebracht bezwaren.⁸³ Dit kan zich voordoen indien de motieven voor het besluit slechts hun grondslag hebben in het korte termijnbelang van de aandeelhouders. Het uitgangspunt dat het stemrecht de aandeelhouder is gegeven met het oog op zijn eigen belang in de vennootschap, is immers niet zonder nuances.⁸⁴

Dat de ondernemingsraad zijn standpunt niet schriftelijk heeft kunnen bepalen, laat onverlet dat het de ondernemingsraad vrijstaat bij monde van de voorzitter zijn standpunt tijdens de algemene vergadering kenbaar te maken. Veel aandeelhouders bepalen hun stem echter voorafgaand aan de algemene vergadering en geven in dat verband een stemvolmacht af. Een standpunt dat pas ten tijde van de vergadering kenbaar wordt, zal daarom slechts van beperkte invloed op de besluitvorming zijn. De besluitvorming kan bovendien buiten vergadering plaatsvinden. De ondernemingsraad is er dus bij gebaat voorafgaand aan de algemene vergadering zijn standpunt schriftelijk kenbaar te maken. Wanneer dreigt dat de ondernemingsraad hiertoe niet in de gelegenheid wordt gesteld, kan de ondernemingsraad in een kort gedingprocedure een vordering tot naleving instellen.⁸⁵ Dat de ondernemingsraad geen rechtspersoonlijkheid heeft, beschouw ik niet als een belemmering. De rechtspraak biedt meerdere voorbeelden waarin de ondernemingsraad – naast de mogelijkheden uit de WOR – procesbevoegd is geacht met betrekking tot de naleving van concrete verplichtingen.⁸⁶ De ondernemingsraad kan in kort geding vorderen dat de algemene vergadering niet over het betreffende onderwerp besluit voordat zijn standpunt aan de aandeelhouders is gecommuniceerd.⁸⁷ Een dergelijke vordering is mogelijk in de periode voordat de algemene vergadering haar besluit heeft genomen. Of een kort geding nog zin heeft nadat de algemene vergadering tot benoeming is overgegaan, acht ik te betwijfelen. Een rechter zal niet tot toewijzing van de vordering kunnen komen, nu een dergelijke uitspraak feitelijk tot gevolg heeft dat het besluit als niet genomen moet worden beschouwd.

⁸² *Kamerstukken I* 2009/10, 31 877, nr. C, p. 5 en *Kamerstukken II* 2009/10, 31877, nr. 5, p. 12.

⁸³ Willems (2013), p. 21.

⁸⁴ Hof Amsterdam (OK) 17 januari 2007, *JOR* 2007/42 m.nt. Blanco Fernández (*Stork*). Winter (2009), p. 228 stelt dat de aandeelhouder verplicht is zijn stemrecht te gebruiken onder afweging van alle bij de vennootschap betrokken belangen, zij het dat bij deze belangenafweging zijn eigen belang een gewichtige rol mag spelen.

⁸⁵ *Kamerstukken I* 2009/10, 31 877, nr. C, p. 4.

⁸⁶ Zie o.a. HR 3 december 1993, *NJ* 1994/375 (*Staat/Medezeggenschapsraad Van Hall Instituut*); Hof Arnhem 15 juli 2008, *JOR* 2009/62 m.nt. Holtzer (*Vion Retail Groenlo*); Rb. Amsterdam 9 september 2004, *JOR* 2004/321 m.nt. Blanco Fernández (*Stichting HES*).

⁸⁷ In gelijke zin Verburg (2012), p. 123.

4.2.5 Het adviesrecht van de ondernemingsraad ex art. 30 WOR

Via de Wet op de ondernemingsraden (WOR) heeft de ondernemingsraad de mogelijkheid invloed uit te oefenen op de benoeming en het ontslag van bestuurders in de zin van de WOR. Het ging in eerste instantie (in de periode 1971-1979) om een recht op informatie.⁸⁸ De ondernemer was niet verplicht met de ondernemingsraad over dit onderwerp van gedachten te wisselen, noch had de ondernemingsraad het recht zijn zienswijze kenbaar te maken. Daarnaast hoefde de ondernemer de informatie niet te verstrekken bij zwaarwichtige belangen van hemzelf, van de onderneming of van de betrokkene. Het oordeel of van dergelijke zwaarwichtige belangen sprake was, lag bij de ondernemer. Het informatierecht werd met de wetswijziging van 1979 vervangen door het huidige adviesrecht.⁸⁹

4.2.5.1 Inhoud en aard

Het adviesrecht heeft betrekking op een voorgenomen benoemingsbesluit van een bestuurder.⁹⁰ Met het begrip bestuurder in art. 30 WOR is geduid op de bestuurder in de zin van de WOR. Art. 1 lid 1 (e) verstaat hieronder de persoon die ‘*alleen dan wel te zamen met anderen in de onderneming rechtstreeks de hoogste zeggenschap uitoefent bij de leiding van de arbeid*’. Dit kan, maar hoeft niet de statutair bestuurder te zijn. De bestuurder hoeft niet in Nederland woonplaats te hebben en ook zijn nationaliteit speelt geen rol.⁹¹ Is een statutair bestuurder tevens bestuurder in de zin van de WOR, dan heeft het adviesrecht betrekking op zijn vennootschappelijke benoeming. De statutair bestuurder van een kapitaalvennootschap wordt benoemd door de algemene vergadering of – bij vennootschappen die onderworpen zijn aan de volledige structuurregeling – de raad van commissarissen dan wel de niet-uitvoerende bestuurders. Het is echter de *ondernemer* die het advies over een voorgenomen benoeming aan de ondernemingsraad moet vragen. Met de ondernemer is bedoeld op de bestuurder in de zin van de WOR en niet op het tot benoeming bevoegde orgaan.⁹² In de praktijk zal het advies door een al zittende bestuurder worden gevraagd of – bij het bestaan van een tegenstrijdig belang – door een persoon zoals bedoeld in art. 23 vierde en vijfde lid WOR. Dit is vaak een commissaris of bij gebreke van een raad van commissarissen een door de algemene vergadering aangewezen vertegenwoordiger.

De adviesaanvraag moet de beweegredenen voor het voorgenomen besluit bevatten als ook de informatie op grond waarvan de ondernemingsraad zich een oordeel kan vormen over de kandidatuur. De informatie heeft betrekking op de

⁸⁸ Art. 31 van de wet van 28 januari 1971, *Stb.* 1971, 54.

⁸⁹ Wet van 5 september 1979, *Stb.* 1979, 448.

⁹⁰ Het adviesrecht heeft eveneens betrekking op het ontslag van een bestuurder in de zin van de WOR. Dit aspect blijft buiten beschouwing.

⁹¹ Verburg (2007a), p. 102-103.

⁹² *Kamerstukken I* 1978/79, 13 954, nr. 8d, p. 17.

persoon van de te benoemen bestuurder in relatie tot de taken die hij dient uit te voeren.⁹³ Het advies moet op een zodanig tijdstip worden gevraagd dat het van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit. Dit betekent dat de ondernemingsraad moet worden geraadpleegd op een moment dat het besluit tot benoeming van de bestuurder nog niet is genomen. De ondernemingsraad heeft bij de benoeming niet de bevoegdheid te adviseren over de wervingsprocedure of de aan de kandidaat te stellen eisen. De ondernemingsraad kan hierover wel via het initiatiefrecht van art. 23 WOR zijn standpunt kenbaar maken. Ook is mogelijk dat partijen in een ondernemingsovereenkomst het adviesrecht op deze aspecten van toepassing hebben verklaard. De termijn waarbinnen de ondernemingsraad zijn advies dient uit te brengen, is niet bepaald. De wet gaat uit van een 'redelijke termijn'. De OK oordeelde in een art. 25-WOR procedure met betrekking tot het besluit de statutaire bevoegdheden van een bestuurder te ontnemen dat een termijn van een uur onredelijk kort was nu hiervoor uit de feiten geen noodzaak bleek.⁹⁴ De ondernemingsraad brengt over het voorgenomen benoemingsbesluit eerst dan advies uit nadat ten minste eenmaal overleg is gepleegd met de ondernemer (art. 30 lid 3 jo. 25 lid 4 WOR).

4.2.5.2 Afdwingbaarheid

De ondernemingsraad heeft – anders dan in het geval van een adviesaanvraag ex art. 25 WOR – geen beroepsrecht bij de OK indien de ondernemer zijn advies over de benoeming niet (geheel) volgt. De ondernemer is vrij het advies van de ondernemingsraad naast zich neer te leggen. Dit stemt overeen met het hiervoor besproken spreekrecht. Verschil is dat de ondernemer bij afwijking van het advies ex. art. 30 WOR verplicht is te motiveren om welke redenen is afgeweken (art. 30 lid 3 jo. 25 lid 5 WOR).

Het ontbreken van een beroepsrecht maakt art. 30 WOR niet tot een dode letter. Indien geen advies wordt gevraagd of onjuiste dan wel onvolledige informatie is verstrekt, kan de ondernemingsraad op grond van art. 36 lid 2 WOR een vordering tot naleving instellen bij de kantonrechter. Dit kan bij een spoedeisend belang in kort geding. Onduidelijk is of de ondernemingsraad via deze weg een benoeming ongedaan kan maken. De wet stelt niet dat het ontbreken van een adviesaanvraag leidt tot een nietig of vernietigbaar besluit. Ook is een beroep op de artt. 2:14 en

93 De adviesaanvraag hoeft geen informatie te bevatten over de omvang van het bestuur en de taakverdeling van de verschillende leden. In een uitspraak van de Ktr. Apeldoorn 20 juni 2008, *JAR* 2008/172, *JOR* 2008/226 m.nt. Verburg (*Koninklijke Wegener*) oordeelde de kantonrechter dat art. 30 WOR de ondernemingsraad niet het recht gaf invloed uit te oefenen op de samenstelling en de werkwijze van het bestuur.

94 Hof Amsterdam (OK) 15 april 1999, *JAR* 1999/101, *JOR* 2000/1 m.nt. Vonk, *ROR* 1999, 19 (*Noest Beheer*). Het opmerkelijke aan deze uitspraak is de gevolgde beroepsgang. Zie hierover de noot van Vonk in *JOR* 2000/1.

2:15 BW uitgesloten.⁹⁵ Dit neemt mijns inziens niet weg dat de kantonrechter de ondernemer kan verplichten bepaalde handelingen te verrichten of na te laten. De lagere rechtspraak biedt voorbeelden wat betreft een zonder advies genomen ontslagbesluit. Zo werd de ondernemer die zonder de ondernemingsraad advies te vragen een interim-managementovereenkomst had opgezegd, in kort geding veroordeeld de betreffende overeenkomst in ere te herstellen.⁹⁶ In een andere uitspraak verbood de President van de Rechtbank tot het ontslag van een statutair bestuurder over te gaan zolang de ondernemingsraad niet in de gelegenheid was gesteld advies uit te brengen.⁹⁷ In het verlengde van deze uitspraken acht ik verdedigbaar dat een ondernemer onder omstandigheden kan worden verplicht een reeds benoemde bestuurder te ontslaan of de besluitvorming te schorsen totdat de adviesprocedure inzake de benoeming correct is afgerond.

4.2.6 Medezeggenschap in (internationaal) concernverband

4.2.6.1 De structuurregeling

De bepalingen van de structuurregeling zijn toegesneden op het gegeven dat afzonderlijke vennootschappen veelal niet zelfstandig opereren, maar deel uitmaken van een concern.⁹⁸ De betekenis wordt zichtbaar bij de consequenties die de structuurregeling verbindt aan het bestaan van een concern. Doordat afhankelijke maatschappijen van de structuurregeling zijn vrijgesteld, wordt de structuurregeling binnen concernverband slechts één keer toegepast. Dit systeem leidt tot een systeem van vrijstellingen en een gedeeltelijke toepassing van de structuurregeling bij concernverhoudingen.

De Wet bestuur en toezicht bepaalt niet expliciet dat de systematiek van toerekening, vrijstellingen en gedeeltelijke toepassing ook geldt in een monistische bestuursstructuur. Mijns inziens is dit wel beoogd. De Minister van Justitie merkt in de memorie van toelichting op dat de Wet bestuur en toezicht de artt. 2:152-157/262-267 BW niet raakt.⁹⁹ Daaruit kan men afleiden dat de structuurregeling op eenzelfde wijze op een monistische bestuursstructuur van toepassing is.

De vrijstelling van de internationale holding

De Nederlandse vennootschap die zich uitsluitend of nagenoeg uitsluitend beperkt tot het beheer en de financiering van groepsmaatschappijen en deelnemingen in

95 Hof Amsterdam 20 mei 1999, NJ 2000/606, JAR 1999/146 (*Verzinkerij Johan Vis & Co*). In gelijke zin Rb. Arnhem 4 mei 1995, KG 1995, 247.

96 Rb. Zwolle 30 januari 1995, JAR 1995/47 (*Stichting St. Franciscushof*).

97 Rb. Haarlem 19 november 1992, NJ 1993/794 (*Management Share*).

98 Het Nederlandse vennootschapsrecht kent geen wettelijk concernrecht. Van een concern is sprake indien meerdere in juridisch opzicht zelfstandig georganiseerde rechtspersonen en vennootschappen binnen een grotere economische ondernemingseenheid organisatorisch zijn verbonden (art. 2:24b BW).

99 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 20.

andere rechtspersonen, is vrijgesteld van het doen van opgave bij het Handelsregister indien de werknemers in dienst van de vennootschap en haar groepsmaatschappijen in meerderheid buiten Nederland werkzaam zijn (art. 2:153/163 lid 3 (b) BW). Omstreden is de vraag of voor de telling slechts werknemers van ondergeschikte groepsmaatschappijen (*downstream*) of ook werknemers van neven- en bovengeschikte groepsmaatschappijen (*upstream*) relevant zijn. De literatuur kent twee kampen die elkaar redelijk in evenwicht houden.¹⁰⁰ Ik kies voor een *downstream* benadering. De wetgever wilde in 1970 met de vrijstelling van de internationale holding voorkomen dat aan de Nederlandse medezeggenschapsregeling extraterritoriale werking toekwam. De optie om alleen aan de Nederlandse werknemers van het internationale concern medezeggenschap toe te kennen – zoals in Duitsland het geval is – werd verworpen met een verwijzing naar het legitimiteitsbeginsel. De Nederlandse ondernemingsraad zou niet representatief zijn voor het gehele, over de gehele wereld verspreide, personeel en zodoende over onvoldoende legitimiteit beschikken zich in te laten met de beslissingen die mede bepalend zijn voor het beleid in de buitenlandse concernonderdelen.¹⁰¹ Dit duidt mijns inziens in de richting van een *downstream* benadering nu de vennootschap slechts beslissingsmacht toekomt met betrekking tot de bij haar en de groepsmaatschappijen waaraan zij leiding geeft, in dienst zijnde werknemers.

Overigens betekent de vrijstelling niet dat binnen een internationaal concern de structuurregeling volledig is uitgesloten. Een Nederlandse dochtervennootschap is aan de structuurregeling onderworpen, indien deze laatste vennootschap zelf aan de criteria voldoet. Op de dochtervennootschap is wel het gematigde regime van toepassing (zie hierna).

De vrijstelling van de afhankelijke maatschappij

Het begrip ‘afhankelijke maatschappij’ neemt binnen de structuurregeling een belangrijke plaats in. Een afhankelijke maatschappij is van de structuurregeling vrijgesteld indien de Nederlandse moedermaatschappij de structuurregeling dwingend of vrijwillig toepast. De ratio achter deze vrijstelling is dat de toepassing van de structuurregeling op meerdere niveaus binnen het concern de band tussen de moeder en haar afhankelijke maatschappijen zou verbreken. Immers, via haar aandelenbelang heeft de moedervennootschap het in haar macht te bewerkstelligen dat in de afhankelijke maatschappijen een beleid wordt gevoerd dat strookt met de door de moeder voor het gehele concern bepaalde beleidsstrategie. Toepassing van de structuurregeling op een afhankelijke maatschappij ontnemt deze macht aan de

100 Voor een *upstream* benadering kiezen Van Schilfgaarde & Winter (2009), p. 435; Verburg (2007a), p. 97-99. De *downstream* benadering wordt aangehangen door Asser, Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* (2009), nr. 546; Bartman & Dorresteyn (2009), p. 141; Losbl. Rp. (Wezeman), art. 2:153 BW, aant. 5.

101 *Kamerstukken II* 1969/70, 10 751, nr. 3, p. 14

moedervennootschap doordat belangrijke bevoegdheden van de algemene vergadering verschuiven naar de raad van commissarissen. De vrijstelling betekent overigens niet dat aan de werknemers van de afhankelijke maatschappijen geen structuurbevoegdheden toekomen. De ondernemingsraad van de afhankelijke maatschappij dan wel de bij de moedervennootschap ingestelde centrale ondernemingsraad oefent het (versterkte) aanbevelingsrecht uit ten aanzien van de samenstelling van de organen van de moedervennootschap (art. 2:158/268 lid 11 BW).

Het belang van het begrip ‘afhankelijke vennootschap’ is dus groot. Wat wordt hier nu onder verstaan? Art. 2:152/262 BW definieert het begrip als volgt:

- a) *een rechtspersoon waaraan de naamloze of besloten vennootschap of een of meer afhankelijke maatschappijen alleen of samen voor eigen rekening ten minste de helft van het geplaatste kapitaal verschaffen;*
- b) *een vennootschap waarvan een onderneming in het handelsregister is ingeschreven en waarvoor de naamloze of besloten vennootschap of een afhankelijke maatschappij als vennote jegens derden volledig aansprakelijk is voor alle schulden.*

De wet maakt een onderscheid tussen twee soorten afhankelijke maatschappijen. Het begrip vennootschap in de zin van het criterium onder (b) omvat de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap.¹⁰² Bij deze vennootschapsvormen is het mogelijk dat de naamloze of besloten vennootschap of een afhankelijke maatschappij als vennote volledig aansprakelijk is. Ook vergelijkbare buitenlandse rechtsfiguren vallen onder het begrip vennootschap.¹⁰³ Uiteraard is wel vereist dat een onderneming daarvan in het Nederlandse handelsregister staat ingeschreven.

Het criterium onder (a) betreft afhankelijke maatschappijen met rechtspersoonlijkheid waarin de vennootschap alleen of samen voor eigen rekening ten minste de helft van het geplaatste kapitaal verschaft. Nu de bepaling spreekt over het geplaatste kapitaal, kunnen slechts rechtspersonen die aandelen uitgeven zich op basis van dit criterium kwalificeren als afhankelijke maatschappij. Het criterium heeft betrekking op de kapitaalverschaffing en niet op de daaraan verbonden zeggenschap. In dit opzicht onderscheidt het begrip ‘afhankelijke maatschappij’ zich van het begrip ‘dochtermaatschappij’, waarbij het kunnen uitoefenen van de meerderheid van de stemrechten doorgaans beslissend is (art. 2:24a BW). De keuze voor het kapitaalscriterium komt voort uit de gedachte dat het harder is en meer rechtszekerheid biedt dan het zeggenschaps criterium.¹⁰⁴ In de praktijk vallen beide begrippen overigens vaak samen. Ook een buitenlandse rechtspersoon kan een

¹⁰² Asser, Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* (2009), nr. 526.

¹⁰³ Asser, Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* (2009), nr. 526; Losbl. Rp. (Lennarts & Wezeman), art. 2:152 BW, aant. 3. De parlementaire geschiedenis bevestigt dit standpunt, *Kamerstukken II* 1969/70, 10 751, nr. 3, p. 14.

¹⁰⁴ Losbl. Rp. (Lennarts & Wezeman), art. 2:152 BW, aant. 2.

afhankelijke maatschappij zijn.¹⁰⁵ Bij de toepassing van de structuurregeling wordt uiteraard slechts rekening gehouden met werknemers die in Nederland werkzaam zijn en met een naar Nederlands recht ingestelde ondernemingsraad.

Uit de wettekst blijkt dat het geplaatste kapitaal kan worden verschaft door een andere afhankelijke maatschappij of door de moedermaatschappij tezamen met één of meer afhankelijke maatschappijen. De vraag rijst of de kapitaalverschaffer ook een buitenlandse rechtspersoon kan zijn. De parlementaire stukken zwijgen op dit punt. De tekst van de wet biedt evenmin uitsluitel. Doorslaggevend voor een bevestigend antwoord acht ik dat de systematiek van toerekening anders eenvoudig kan worden omzeild door een subholding in het buitenland de aandelen in een Nederlandse vennootschap te laten houden. Een dergelijke constructie zou het doel van de structuurregeling ondermijnen.¹⁰⁶

De gematigde structuurregeling

De vrijstelling van afhankelijke maatschappijen geldt alleen als de moedervennootschap onder het regime van de structuurregeling valt. Maar ook indien dit niet het geval is, kan toepassing van de volledige structuurregeling op de afhankelijke maatschappij aan (internationale) concernvorming in de weg staan. De internationale of buitenlandse holding verliest bij toepassing van de volledige structuurregeling op haar in Nederland gevestigde afhankelijke maatschappijen immers de bevoegdheid tot benoeming en ontslag van de bestuurders. Honée omschreef dit knelpunt in 1981 als volgt: *‘Zouden nu dochtervennootschappen die voldoen aan de criteria voor toepassing van de structuurregeling metterdaad daaraan worden onderworpen, dan ontnemt men aan de kapitaaldeelname de functie van bindmiddel tussen concernvennootschappen. De moedervennootschap heeft dan niet langer de mogelijkheid om – indien nodig – het bestuur van de dochtervennootschap te dwingen zich te voegen naar het concernbeleid’*.¹⁰⁷

Om internationale concerns van buitenlandse en Nederlandse origine niet af te schrikken in Nederland te investeren, heeft de wetgever het gematigde regime geïntroduceerd (art. 2:155/265 BW). De verlichting ten opzichte van het volledige regime schuilt in het feit dat de bevoegdheid tot benoeming en ontslag van de leden van het (uitvoerende) bestuur onverminderd bij de algemene vergadering rust. Het SER-advies van 1984 maakt duidelijk dat deze regeling het resultaat is van een compromis tussen het standpunt dat de Nederlandse structuurwetgeving niet integraal geldend kan en mag worden gemaakt voor Nederlandse concernonderdelen van een internationaal concern en het standpunt dat er uit sociaal oogpunt geen reden is om die wetgeving in het geheel te laten vervallen.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Bartman & Dorrestein (2009), p. 133.

¹⁰⁶ Vgl. Asser, Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* (2009), nr. 525.

¹⁰⁷ Honée (1981), p. 43-44.

¹⁰⁸ SER (1984), p. 79-80.

Met de inwerkingtreding van de Structuurnet in 2004 geldt het gematigde regime eveneens voor vennootschappen waarvan het gehele geplaatste kapitaal voor eigen rekening wordt gehouden door een rechtspersoon die zelf niet de structuurregeling kan aannemen (art. 2:155a/265a lid 1 (b) BW). Genoemd worden de stichting, de vereniging en de Staat. De wetgever achtte – net als bij kapitaalvennootschappen – volledige toepassing van de structuurregeling niet gewenst, omdat hierdoor het geven van centrale leiding wordt bemoeilijkt. Gelet op de vormgeving van art. 2:155/265 BW is ervoor gekozen de uitzondering op te nemen in een afzonderlijk art. 2:155a/265a lid 1 (b) BW.

4.2.6.2 *Het spreekrecht van de ondernemingsraad*

Art. 2:134a/144a BW bepaalt dat onder de ondernemingsraad mede wordt verstaan de ondernemingsraad van de onderneming van een dochtermaatschappij.¹⁰⁹ De ondernemingsraad van een dochtermaatschappij heeft een spreekrecht bij de benoeming van bestuurders en commissarissen op het niveau van de moedermaatschappij. Voor de situatie dat een concern meerdere dochter-NV's met ondernemingsraden telt of indien de moeder als ook de dochtermaatschappij(en) ondernemingsraden hebben ingesteld, kent het tweede lid van art. 2:134a/144a BW een bevoegdheidsverdeling. Art. 2:134a/144a lid 2 luidt: *'Voor de toepassing van lid 1 wordt onder de ondernemingsraad mede verstaan de ondernemingsraad van de onderneming van een dochtermaatschappij, mits de werknemers in dienst van de vennootschap en de groepsmaatschappijen in meerderheid binnen Nederland werkzaam zijn'*. De ondernemingsraad van de dochter is pas relevant bij de uitoefening van het spreekrecht in de moeder indien de meerderheid van de werknemers – naar ik aanneem van het concern – in Nederland werkzaam is. De lid 2-verplichting kent dus een beperking voor een internationaal concern. Een dergelijke beperking kent lid 1 niet. Dat artikel lid bepaalt: *'Indien de vennootschap krachtens wettelijke verplichting een ondernemingsraad heeft ingesteld, wordt het voorstel tot benoeming (...) niet aan de algemene vergadering aangeboden, dan nadat de ondernemingsraad (...) in de gelegenheid is gesteld hierover een standpunt te bepalen'*. Met andere woorden: ook indien de werknemers van de vennootschap in het merendeel in het buitenland werkzaam zijn, heeft de ondernemingsraad die bij een onderneming van de vennootschap is ingesteld, een spreekrecht.

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel is uitvoerig stilgestaan bij de werking van het spreekrecht in een (internationaal) concern. In de nadere memorie van antwoord tijdens de behandeling in de Eerste Kamer geeft de Minister van

¹⁰⁹ De term 'dochtermaatschappij' duidt erop dat onder dit begrip ook andere rechtsvormen dan NV's worden geschaard. De wetgever hanteert in art. 2:134a/144a BW de term 'dochtermaatschappij' in tegenstelling tot de term 'afhankelijke maatschappij' uit de structuurregeling. Van een afhankelijke maatschappij is sprake indien de vennootschap meer dan 50% van het kapitaal verschaft, terwijl van een dochtermaatschappij (lees: dochtervennootschap) sprake is indien de vennootschap meer dan 50% van de stemrechten houdt.

Justitie aan dat het spreekrecht niet heeft te gelden indien de meerderheid van de werknemers van een specifieke NV en haar dochter-NV's in het buitenland werkzaam is.¹¹⁰ De nota naar aanleiding van het verslag in de Tweede Kamer onderschrijft deze zienswijze.¹¹¹ Deze heldere uiteenzetting verandert echter niets aan de eveneens heldere wettekst van art. 2:134a/244a lid 1 BW. Verburg stelt terecht dat de wettekst geen ruimte biedt voor een andere uitleg.¹¹² Dit betekent dat het spreekrecht onverkort van toepassing is op de holding wier werknemers in de meerderheid in het buitenland werkzaam zijn en op wier niveau een 'eigen' ondernemingsraad is ingesteld. De wetgever heeft de bij het structuurregime gekozen lijn van de vrijstelling van een internationale holding derhalve niet doorgetrokken naar het spreekrecht. Deze andere benadering heeft overigens weinig praktische relevantie. Internationale concerns hanteren doorgaans de Nederland-constructie. De toepassing van deze constructie leidt ertoe dat op het niveau van de topholding geen 'eigen' medezeggenschapsorgaan is ingesteld.¹¹³

Ook op een ander aspect wijkt het spreekrecht af van de structuurregeling. De regeling inzake het spreekrecht kent geen vrijstelling voor afhankelijke maatschappijen in het geval dat de moedervernootschap aan het spreekrecht is onderworpen. Het spreekrecht kan dus op meerdere niveaus binnen het concern van toepassing zijn. In de literatuur is de vraag gesteld of deze uitkomst wel is bedoeld. Ik meen van wel, nu een door Weekers ingediend amendement tot opname van een vrijstelling voor afhankelijke maatschappijen het niet heeft gehaald.¹¹⁴ De reden voor afwijzing blijft in het ongewisse, maar heeft hoogstwaarschijnlijk te maken met het feit dat de uitkomst van het spreekrecht 'sanctieloos' is. De ondernemingsraad kan – anders dan bij het versterkte aanbevelingsrecht – zijn voordracht voor de benoeming niet afdwingen (vgl. paragraaf 4.2.4.2). Voor de moedermaatschappij bestaat daarom niet het gevaar dat zij als aandeelhouder haar invloed op de samenstelling van het bestuur en/of de raad van commissarissen van de dochter verliest.

Op de vraag aan welke ondernemingsraad het spreekrecht toekomt in de situatie van een Nederlandse moeder-NV met meerdere Nederlandse dochter-NV's, merkt de Minister van Justitie het volgende op: *'Wanneer de moeder-NV aan het hoofd staat van een concern, de meerderheid van de werknemers van dat concern in Nederland werkzaam is, en er bij de moeder-NV een (centrale) ondernemingsraad is ingesteld, wordt het standpunt door die ondernemingsraad geformuleerd en door zijn voorzitter toegelicht in de algemene vergadering van de moeder-NV. Ondernemingsraden van dochter-NV's hebben dan geen spreekrecht ten aanzien van besluiten van de algemene vergadering van de moeder-NV. In het geval van een*

110 *Kamerstukken I* 2009/10, 31 877, nr. C, p. 11.

111 *Kamerstukken II* 2009/10 31 877, nr. 5, p. 8-9, 16 en 23.

112 Verburg (2012), p. 121. Anders Bijkerk (2011), p. 27. Zaal (2009), p. 24 zoekt aansluiting bij de vrijstelling van internationale holdings in de structuurregeling. De bijdrage van Zaal dateert overigens van voor de publicatie van de in de vorige noot genoemde Kamerstukken.

113 Zie over de Nederland-constructie uitgebreid Verburg (2007a), par. 7.4.

114 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 877, nr. 13.

*besluit bij een moeder-NV waar geen ondernemingsraad is ingesteld vindt, mits de meerderheid van de werknemers van het concern in Nederland werkzaam is, toerekening van het op het niveau van de moeder-NV te nemen besluit plaats aan de dochter-NV's waar wel een ondernemingsraad is ingesteld.*¹¹⁵ De centrale ondernemingsraad en – bij het ontbreken daarvan – alle ondernemingsraden gezamenlijk zijn dus tot uitoefening van het spreekrecht bevoegd.

Het spreekrecht is eveneens van toepassing in structuurvennootschappen. Voor de benoeming van commissarissen dan wel niet-uitvoerende bestuurders is het spreekrecht neergelegd in art. 2:158 lid 4 laatste zin BW. Doordat het spreekrecht onderdeel uitmaakt van art. 2:158 BW gelden de bepalingen van de structuurregeling ten aanzien van (i) de vrijstelling van de internationale holding en (ii) de vrijstelling van een afhankelijke maatschappij. Deze regeling wijkt af van hetgeen hiervoor is overwogen. Zo kent art. 2:153 lid 3 (a) BW een vrijstelling voor afhankelijke maatschappijen. Deze vennootschappen zijn van de structuurregeling – en dus ook het spreekrecht conform art. 158 lid 4 laatste zin BW – vrijgesteld, voor zover de moedervenootschap aan de structuurregeling is onderworpen. Betekent dit nu dat een NV die als afhankelijke maatschappij van de structuurregeling is vrijgesteld niet aan het spreekrecht is onderworpen? Het antwoord op deze vraag luidt ontkennend. In die situatie geldt het spreekrecht op basis van de hoofdregel zoals neergelegd in art. 2:134a BW.

4.2.6.3 Het adviesrecht van de ondernemingsraad ex art. 30 WOR

Het adviesrecht van art. 30 WOR is binnen een (internationaal) concern van toepassing in iedere Nederlandse onderneming in de zin van de WOR, mits bij de onderneming een ondernemingsraad is ingesteld. De reikwijdte van het ondernemingsbegrip is territoriaal bepaald tot Nederland. Het is denkbaar dat binnen het Nederlandse gedeelte van het concern één persoon optreedt als WOR-bestuurder ten opzichte van meerdere Nederlandse ondernemingen. Denk bijvoorbeeld aan een bestuurder van een holding die de hoogste zeggenschap heeft bij de leiding van de arbeid in de onderneming van een aantal groepsmaatschappijen waar hij op detacheringsbasis werkzaam is. Indien een persoon ten aanzien van een aantal groepsmaatschappijen onder het bestuurdersbegrip valt en zijn benoeming van gemeenschappelijk belang is voor alle of voor de meerderheid van de ondernemingen, is de centrale ondernemingsraad – indien ingesteld – exclusief bevoegd over zijn benoeming advies uit te brengen (art. 35 lid 1 WOR).

Een holding houdt dikwijls zelf geen onderneming in de zin van de WOR in stand, zodat op holdingniveau geen zelfstandige ondernemingsraad is ingesteld. De toepassing van de Nederland-constructie heeft bovendien tot gevolg dat binnen een internationaal concern op het niveau van de Nederlandse topholding geen centrale

¹¹⁵ *Kamerstukken I* 2009/10, 31 877, nr. E, p. 1-2.

ondernemingsraad is ingesteld. De centrale ondernemingsraad wordt doorgaans op het niveau van de Nederlandse subholding ingesteld. Indien de bestuurders van de Nederlandse topholding geen bestuurder zijn van één of meer door de holding in stand gehouden werkmaatschappijen, bestaat ten aanzien van deze personen geen adviesrecht krachtens art. 30 WOR.

4.2.7 De positie van buitenlandse werknemers

Buitenlandse werknemers vervullen in de structuurregeling en de regeling van het spreekrecht op verschillende wijzen een rol. Een in Nederland gevestigde holding is vrijgesteld van de toepassing van de structuurregeling op de voorwaarde dat de meerderheid van de werknemers in dienst van die holding en de groep waartoe zij behoort, in het buitenland werkzaam is.

De vrijstelling van de internationale holding heeft al veel pennen in beweging gebracht. Een aantal auteurs heeft gepleit voor afschaffing van deze systematiek. Van den Hoek deed een eerste voorzichtige suggestie in deze richting op het Ondernemingsrechtcongres in 1994.¹¹⁶ Hoewel hij voor behoud van de internationale vrijstelling was, verkleinde hij het toepassingsbereik door de vrijstelling van toepassing te laten zijn op vennootschappen met meer dan 1.000 werknemers. Maatman¹¹⁷ en Verburg¹¹⁸ waren stelliger en maakten zich sterk voor een algehele afschaffing met verwijzing naar de internationalisering van het bedrijfsleven. Ook in mijn visie past de vrijstelling van de internationale holding niet meer binnen de huidige tijdsgeest. Hoewel de benadering op grond van het legitimiteitsbeginsel te begrijpen is, heeft de toepassing tot gevolg dat een groot aantal nationale vennootschappen buiten het bereik van de structuurregeling valt. Ging het in 1971 nog om een beperkt aantal uitzonderingssituaties, tegenwoordig betreft het een groot deel van de Nederlandse vennootschappen. De mogelijkheid tot grensoverschrijdend fuseren zal dit aantal slechts vergroten. Het is mijns inziens onbegrijpelijk dat de structuurregeling enerzijds zo belangrijk wordt geacht dat zij verplicht wordt gesteld, terwijl het anderzijds wordt toegestaan dat een groot deel van de Nederlandse vennootschappen aan de regeling geen toepassing hoeft te geven.

Het afschaffen van de vrijstelling van de internationale holding kent als nadeel dat de medezeggenschap – en dus de invloed op de samenstelling van de raad van commissarissen – slechts aan de Nederlandse werknemers binnen het concern toekomt. Buitenlandse werknemers hebben hierop geen recht. Dit geldt voor werknemers van buitenlandse dochtervennootschappen van een Nederlandse (top) holding, maar ook voor werknemers van buitenlandse vestigingen van een Nederlandse vennootschap. Aan de uitsluiting van buitenlandse werknemers ligt het territorialiteitsbeginsel ten grondslag. Dit argument heeft in mijn visie door de jaren

¹¹⁶ Van den Hoek (1994), p. 42.

¹¹⁷ Maatman (1998), p. 183-184.

¹¹⁸ Verburg (2007a), p. 399.

heen aan kracht verloren. Het territorium van de Nederlandse vennootschap beperkt zich al lang niet meer tot de Nederlandse rechtssfeer. In een tijd dat Nederlandse vennootschappen steeds eenvoudiger over de landsgrenzen heen filialen en dochtervennootschappen kunnen vestigen en hiertoe ook meer overgaan, is het niet langer houdbaar buitenlandse werknemers van de medezeggenschap uit te sluiten. Eén van de uitgangspunten van de Nederlandse vennootschappelijke medezeggenschap is dat de werknemers als *stakeholders* worden betrokken bij het reilen en zeilen in de vennootschap. Ik zie niet in waarom dit argument geen betekenis heeft voor werknemers die buiten de landsgrenzen werkzaam zijn. Bovendien acht ik de kans aanwezig dat het onderscheid in strijd is met de non-discriminatiebepaling van art. 18 VWEU (zie hierover uitgebreid hoofdstuk 5.4.4.4).

De discussie is ook relevant voor het spreekrecht. Hoewel de internationale holding op basis van de hoofdregel aan het spreekrecht is onderworpen, ontbreekt juist op dit niveau vaak een ‘eigen’ ondernemingsraad. Onder de ondernemingsraad wordt alleen dan de ondernemingsraad van de onderneming van een dochtervennootschap verstaan, indien de werknemers in dienst van de vennootschap en de groepsmaatschappijen in meerderheid binnen Nederland werkzaam zijn. Een internationaal concern is dus van deze verplichting vrijgesteld.

4.2.8 Discussie en ontwikkelingen

De keuze voor het *stakeholders*model – de vennootschap als langetermijnsamenwerkingsverband van diverse bij de vennootschap betrokken partijen, waaronder werknemers, aandeelhouders en overige kapitaalverschaffers, – wordt in Nederland breed gedragen. Deze denkwijze heeft de afgelopen jaren tot scheuren geleid in de muur die de twee huizen ‘onderneming’ en ‘vennootschap’ ooit strikt van elkaar scheidde. Vanaf de jaren zeventig is binnen de vennootschap een rol voor werknemers gecreëerd, die met de wijziging van de structuurregeling in 2004 en de invoering van het spreekrecht in 2010 nader is uitgebreid. Daarmee is niet gezegd dat de werknemers op alle fronten winst hebben behaald. Verschillende auteurs duiden het spreekrecht als ‘lippendienst’ of ‘symboolwetgeving’.¹¹⁹ De recente ontwikkelingen alsmede het huidige denken over *corporate governance* zijn voorts vooral gericht op een zekere herijking van de positie van aandeelhouders.¹²⁰ Deze ontwikkeling heeft gevolgen voor de medezeggenschap. Een versterking van de positie van aandeelhouders ten opzichte van het bestuur of de raad van commissarissen leidt tot een materiële verzwakking van de medezeggenschapsrechten van de werknemers.

Hoe het de structuurregeling in de toekomst zal vergaan, is moeilijk te voorspellen. In de nota modernisering ondernemings- en vennootschapsrecht uit 2004 duidde de

119 Zie o.a. Zaal (2009), p. 25; Witteveen (2008), p. 224; Bartman & Holtzer (2008), p. 64.

120 Assink & Strik (2009), p. 26-27; Raaijmakers (2004), p. 3-10.

toenmalige Minister van Justitie de aanpassing van de structuurregeling aan als de eerste fase.¹²¹ Hoe de volgende fases inhoud moesten krijgen, gaf hij niet aan. De SER meende in 2008 dat voor een fundamentele herziening van het Nederlandse medezeggenschapsrecht op dat moment geen aanleiding bestond. Anders ligt het wat betreft de (strategische) besluitvorming op internationaal concernniveau. De SER stelt vast dat dergelijk belangrijke besluiten zich deels aan het bereik van de Nederlandse medezeggenschapsregelingen onttrekken.¹²² De Raad is echter verdeeld over de mate waarin dit het geval is en in hoeverre dit problematisch is te achten. Hij adviseert dit aspect mee te nemen bij de evaluatie van de Structuurwet. Deze evaluatie had moeten plaatsvinden vijf jaar na 1 oktober 2004. Tot op heden heeft het kabinet tot een evaluatie van de Structuurwet (nog) geen actie ondernomen.¹²³

4.3 Duitsland

4.3.1 Vennootschappelijke medezeggenschap in historisch perspectief

De medezeggenschap in Duitsland kent een lange en roerige geschiedenis. Een eerste poging tot het invoeren van enige vorm van medezeggenschap deed zich voor tijdens de Revolutie van 1848. Werknemers verlangden op het eerste grote Arbeidsrechtcongres het recht mee te beslissen bij het bepalen van lonen en ontslagen, maar ook bij de keuze voor hun superieuren en werkmeesters. De plannen liepen stuk door de tegenstand van adel en burgerij.¹²⁴ In de hierop volgende periode waarin Bismarck Duitsland regeerde (1865-1890), werden alle ideeën voor medezeggenschap onderdrukt. Eerst toen keizer Wilhelm II in 1890 de macht in handen nam, kwam de werknemersmedezeggenschap weer op de agenda te staan. Een eerste voorstel tot werknemersinvloed kende geen vennootschappelijke medezeggenschap, maar gaf werknemers het recht ondernemingsraden in te stellen die invloed kregen op arbeidsgelerateerde besluiten. Dit voorstel stuitte op felle kritiek van de Sociaal Democratische Partij en de vakbonden. Als gevolg van het protest werden ondernemingen niet verplicht ondernemingsraden in te stellen, maar konden zij hiertoe vrijwillig besluiten. In de jaren hierna veranderde het standpunt van de vakbonden. Met invoering van het Betriebsrätegesetz van 4 februari 1920 werd het instellen van

121 Nota modernisering ondernemings- en vennootschapsrecht, gepubliceerd in *NJB* 2004, p. 1773.

122 SER (2008), p. 30.

123 Wel zijn acties ondernomen op het terrein van de informatievoorziening in internationaal concernverband. Op 14 februari 2013 heeft de Tweede Kamer ingestemd met het voorstel tot enige wijzigingen van de WOR. Een wijziging heeft betrekking op de medezeggenschap in internationale concerns (zie voor het wetsvoorstel *Kamerstukken II* 2011/12, 33367, nr. 1). Op grond van art. 31 lid 2 (d) WOR wordt de ondernemer verplicht de ondernemingsraad te informeren over de zeggenschapsverhoudingen binnen het internationale concern waar de ondernemer deel van uitmaakt. De ondernemer zal informatie moeten verschaffen over wie tot deze groep behoren, hoe de zeggenschapsverhoudingen zijn waardoor zij onderling zijn verbonden en de personen die de zeggenschap uitoefenen.

124 Raiser & Veil (2009), p. 3 (Einl, Rn. 1).

een ondernemingsraad alsnog verplicht gesteld.¹²⁵ Ook op het terrein van de vennootschappelijke medezeggenschap betekende deze wet een doorbraak. § 70 van het Betriebsrätegesetz bepaalde dat één of twee gedelegeerden van de ondernemingsraad deel uitmaakten van het toezichthoudende orgaan van de vennootschap, de *Aufsichtsrat*.¹²⁶ Na de nationaalsocialistische machtsovername werd het Betriebsrätegesetz in 1934 ingetrokken.¹²⁷

Na de Tweede Wereldoorlog werd het onderwerp van de medezeggenschap in het toenmalige West-Duitsland nieuw leven ingeblazen.¹²⁸ Een eerste succes vond plaats in de mijn-, kool- en staalindustrie. De ondernemingen in deze sector waren bang door de geallieerden te worden ontvlochten. Om dit gevaar af te wenden, riepen de ondernemingen de hulp van de vakbonden in. Aangezien de vakbonden tijdens de oorlog niet met de Nazi's hadden gesympathiseerd, hadden zij een belangrijke stem in het geheel. In ruil voor de hulp van de vakbonden boden de ondernemingen de werknemers medezeggenschap aan met betrekking tot de helft van de leden van de *Aufsichtsrat*. Er werd een model opgesteld dat, na verhitte discussie, in 1951 door de wetgever in het Montan-Mitbestimmungsgesetz (Montan-MitbestG) werd vastgelegd. Dit model ging uit van pariteit tussen werknemers en kapitaalverschaffers en geldt tot op de dag van vandaag.

In 1952 was het politieke klimaat gewijzigd. De angst voor ontvlechting was geweken. Dit verklaart waarom het Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) van 1952¹²⁹ – in 2004 vervangen door het Drittelbeteiligungsgesetz (DrittelbG)¹³⁰ – een beperktere vorm van medezeggenschap bevatte dan het Montan-MitbestG. Het BetrVG kende aan de werknemers medezeggenschap toe met betrekking tot een derde van de leden van de *Aufsichtsrat*. In de daarop volgende jaren probeerden de vakbonden tevergeefs het pariteitsmodel van het Montan-MitbestG op de gehele Duitse industrie van toepassing te verklaren. Wel werd in 1956 het toepassingsbereik van het Montan-MitbestG uitgebreid met de inwerkingtreding van het Mitbestimmungsergänzungsgesetz (MitbestErgG). Op grond van deze wet kregen werknemers van dochterondernemingen medezeggenschap in de holding voor zover het hoofddoel van de groep als geheel betrekking had op activiteiten in de mijn-, kool- en staalindustrie.

125 Betriebsrätegesetz vom 4. Februar 1920, RGBI I, p. 147.

126 De uitvoering van deze bevoegdheid was in een aparte wet neergelegd, genaamd: Gesetz über die Entsendung von Betriebsratsmitgliedern in den Aufsichtsrat vom 15. Februar 1922, RGBI I, p. 209.

127 Dit gebeurde met § 65 Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20 Januar 1934, RGBI I, p. 45

128 Een dergelijke ontwikkeling heeft zich in het toenmalige Oost-Duitsland niet voorgedaan, zie Oetker (2008), p. 10-12 (Vorbem, Rn. 10-15).

129 Betriebsverfassungsgesetz vom 25. September 2001, BGBl I, p. 2518, das zuletzt durch Art. 9 des Gesetzes vom 29. Juli 2009 geändert worden ist.

130 Gesetzentwurf der Bundesregierung eines 2. Gesetzes zur Vereinfachung der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat, BT-Drucksache 15/2542, p. 1. De wet wijzigde de inhoud noch het toepassingsbereik van de medezeggenschap. Wel werden de bepalingen opnieuw gestructureerd en moderner geformuleerd om de toepassing voor de praktijk te vergemakkelijken.

Na een lange periode van stilte stelde de toenmalige CDU-regering in 1968 een commissie in om de bestaande regelingen op het terrein van de vennootschappelijke medezeggenschap te evalueren. De commissie – onder leiding van Kurt Biedenkopf – kwam in 1970 met haar rapport. Hoewel de commissie adviseerde tot een verdere uitbreiding van medezeggenschap, werd het niet nodig geacht dat binnen de gehele industrie exacte gelijkheid tussen werknemers en kapitaal zou ontstaan. De commissie meende dat pariteit de besluitvorming zou verlammen, terwijl een dergelijk systeem niet nodig was ter behartiging van de werknemersbelangen.¹³¹ Na lange onderhandelingen en wisselende coalities binnen de regering werd in 1976 uiteindelijk het Mitbestimmungsgesetz (MitbestG) aangenomen. Deze wet kent een derde model van medezeggenschap. Dit model gaat uit van pariteit tussen werknemers en kapitaalverschaffers met een voorzitter van kapitaalzijde en werd beschouwd als een middenweg tussen de twee al bestaande modellen. Het MitbestG is van toepassing op vennootschappen met in de regel meer dan 2.000 werknemers.

4.3.2 De bestuursstructuur: dualistisch

De medezeggenschap in Duitse vennootschappen heeft primair betrekking op de benoeming van de leden van het toezichthoudende orgaan, de *Aufsichtsrat*.¹³² De invoering van medezeggenschap via de afzonderlijke wetten (Montan-MitbestG, MitbestG en DrittelbG) heeft geen verandering gebracht in de traditionele functies van het leidinggevende en het toezichthoudende orgaan van de vennootschap. De medezeggenschap is toegepast binnen het al bestaande systeem. De meeste bevoegdheden van de *Aufsichtsrat* als orgaan volgen daarom niet uit de specifieke medezeggenschapswetten, maar uit het reguliere vennootschapsrecht. Het MitbestG en het Montan-MitbestG kennen slechts een aantal aanvullende bepalingen over bijvoorbeeld de interne inrichting van de *Aufsichtsrat* en de benoeming van een *Arbeitsdirektor*.¹³³

Hoewel het vennootschapsrecht dat op een *Aktiengesellschaft* (AG), een *Kommanditgesellschaft auf Aktien* (KGaA) dan wel een *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (GmbH) van toepassing is veel overeenkomsten kennen, zijn er ook verschillen. De AG en de KGaA worden bestuurd door de *Vorstand* respectievelijk de *Komplementär* (§ 76 AktG). De *Hauptversammlung* heeft ten opzichte van de leiding van de onderneming geen bevoegdheden. Daarnaast zijn de AG en de KGaA te allen tijde verplicht tot het instellen van een *Aufsichtsrat* (§§ 95-116 AktG).¹³⁴ Een GmbH wordt daarentegen bestuurd door één of meer *Geschäftsführer* die zich

131 Bericht der Sachverständigenkommission zur Auswertung der bisherigen Erfahrungen bei der Mitbestimmung, BT-Drucksache VI/334, 1970, p. 21.

132 Het bestuur kent onder bepaalde voorwaarden een zogenoemde *Arbeitsdirektor*. Dit onderwerp staat centraal in paragraaf 4.5.4.

133 Het DrittelbG kent geen aanvullende bepalingen met betrekking tot de inrichting en het functioneren van de *Aufsichtsrat*.

134 § 278 AktG verklaart deze paragrafen op de KGaA van overeenkomstige toepassing.

moet(en) houden aan de aanwijzingen van de *Gesellschaftversammlung* (§ 37 Abs. 1 GmbHG). Een GmbH is slechts verplicht tot het instellen van een *Aufsichtsrat*, indien zij onder het toepassingsbereik valt van één van de medezeggenschapswetten. In andere situaties bestaat deze verplichting niet, maar kan hiertoe vrijwillig in de statuten worden besloten (§ 52 GmbHG). Nu het GmbHG geen bepalingen kent inzake de *Aufsichtsrat*, verklaren § 1 Abs. Nr. 3 DrittelbG en § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG een aantal bepalingen uit het AktG op de GmbH van overeenkomstige toepassing.

Kernfuncties

De *Aufsichtsrat* houdt toezicht op het leidinggevende orgaan. Het toezicht op het bestuur is neergelegd in § 111 Abs. 1 AktG. Deze taak heeft de *Aufsichtsrat* in iedere vennootschap en onder elke medezeggenschapswet. De sterkte van het recht verschilt per vennootschap. Nu de *Geschäftsführer* in een GmbH gehouden is te handelen naar de aanwijzingen van de *Gesellschaftversammlung*, is de toezichthoudende taak van de *Aufsichtsrat* in een GmbH minder sterk dan in een AG waar (alleen) de *Vorstand* de onderneming bestuurt.¹³⁵

Om zijn toezichthoudende taak te kunnen vervullen, heeft de *Aufsichtsrat* recht op informatie (§ 90 AktG). Het leidinggevende orgaan is verplicht de *Aufsichtsrat* van duidelijke informatie te voorzien over alle basisonderwerpen met betrekking tot de onderneming. Dit moet minimaal één keer per jaar gebeuren. Daarnaast kan (ieder lid van) de *Aufsichtsrat* aanvullende informatie vragen over onderwerpen die van belang zijn voor de onderneming. Het leidinggevende orgaan is wettelijk verplicht aan een dergelijk verzoek mee te werken. Voorts kunnen de statuten bepalen dat bepaalde belangrijke bestuursbeslissingen de goedkeuring van de *Aufsichtsrat* behoeven (§ 111 Abs. 4 AktG). De *Aufsichtsrat* kan de bevoegdheid tot goedkeuring ook zelf claimen met gewone meerderheid van stemmen. Het moet wel steeds gaan om aangelegenheden die naar onderwerp, omvang en risico bijzonder van aard zijn. De toestemming kan niet zien op aangelegenheden die tot de dagelijkse werkzaamheden van de onderneming behoren.¹³⁶ Hoewel de toestemmingsplicht de medezeggenschap aan gewicht doet winnen (de macht van de *Aufsichtsrat* neemt toe), is de waarde relatief. Indien de *Aufsichtsrat* zijn goedkeuring aan een bestuursbesluit onthoudt, kan het bestuur te allen tijde de algemene vergadering verzoeken over de toestemming te beslissen. Het laatste woord is (en blijft) aan het kapitaal. Bovendien is het besluit van de *Geschäftsführer* in een GmbH veelal ingegeven door de instructie van de *Gesellschaftversammlung*. Men kan dus aannemen dat dit orgaan – indien de *Aufsichtsrat* zijn toestemming aan een bepaald besluit niet verleent – in beginsel altijd tot toestemming zal besluiten.

Naast het houden van toezicht, heeft de *Aufsichtsrat* in beginsel de bevoegdheid de leden van het leidinggevende orgaan te benoemen. De *Aufsichtsrat* van

¹³⁵ Oetker (2011), p. 1827 (§ 1, Rn. 16).

¹³⁶ Hüffer (2012), p. 612 (§ 111, Rn. 18).

vennootschappen die vallen onder het MitbestG en het Montan-MitbestG hebben deze bevoegdheid ingevolge § 31 MitbestG en § 12 Montan-MitbestG.¹³⁷ Het DrittelbG kent een dergelijke bepaling niet, zodat bij toepassing van deze wet het reguliere vennootschapsrecht bepaalt welk orgaan tot benoeming bevoegd is. Voor de AG is dat het AktG. Op grond van § 84 AktG benoemt de *Aufsichtsrat* de *Vorstandmitglieder*. Deze bepaling is op gelijke wijze van toepassing indien de AG aan het DrittelbG is onderworpen. Wat de GmbH betreft, kent het GmbHG in § 46 Nr. 5 de bevoegdheid tot benoeming van de *Geschäftsführer* toe aan de aandeelhouders. Nu het DrittelbG – anders dan het MitbestG en het Montan-MitbestG – hierop geen uitzondering maakt, heeft de *Aufsichtsrat* van de GmbH die onder het DrittelbG valt geen rechten met betrekking tot de benoeming van de leden van het leidinggevende orgaan.¹³⁸

De *Aufsichtsrat* benoemt de leden van het leidinggevende orgaan in beginsel met een gewone meerderheid van stemmen.¹³⁹ Het MitbestG wijkt hiervan af en gaat uit van drie kiesrondes (§ 31 Abs. 2-4). In de eerste ronde hebben alle leden van de *Aufsichtsrat* het voordrachtsrecht en kan een kandidaat slechts als bestuurder worden gekozen met een tweederde meerderheid van de aanwezige leden. Wordt de tweederde meerderheid niet gehaald, dan stelt een bemiddelingscomité¹⁴⁰ binnen een maand kandidaten voor. Hiervan kan niet worden afgeweken. Wel kunnen ook andere leden van de *Aufsichtsrat* voorstellen indienen. Over de voorstellen beslist de *Aufsichtsrat* met een gewone meerderheid van de aanwezige leden. Blijft ook de tweede stemming zonder resultaat, dan volgt een derde en laatste stemronde. In deze laatste stemronde is wederom een gewone meerderheid vereist, maar heeft de voorzitter van de *Aufsichtsrat* twee stemmen.

4.3.3 Drittelbeteiligungsgesetz

4.3.3.1 Het toepassingsbereik

Het DrittelbG is van toepassing op Duitse *Unternehmen* met een bepaalde rechtsvorm. Wat kapitaalvennootschappen betreft zijn dit de AG, de KGaA en de

137 Deze bepalingen verwijzen naar de §§ 84 en 85 AktG waarin de bevoegdheid tot benoeming aan de *Aufsichtsrat* is toebedeeld. Dit geldt niet voor de KGaA. De benoeming van het leidinggevende orgaan komt in de KGaA toe aan de persoonlijk aansprakelijke vennoten (§ 278 Abs. 2 AktG).

138 Dieterich, Hanau & Schaub (2011), p. 1827 (§ 1, Rn. 17); Willhelm (2009), p. 378 en 381; Raiser & Veil (2009), p. 567 (§ 1, Rn. 22).

139 Het recht kandidaten voor te dragen komt toe aan elk lid van de *Aufsichtsrat*. De algemene vergadering heeft geen voordrachtsrecht. Ingevolge § 108 AktG beslist de *Aufsichtsrat* door het nemen van een besluit. Niet is aangegeven hoe een rechtsgeldig besluit tot stand komt. De literatuur neemt aan dat in beginsel een gewone meerderheid van de uitgebrachte stemmen is vereist. Zie Jürgenmeyer (2007), p. 116; Hüffer (2012), p. 589 (§ 108, Rn. 6).

140 Het bemiddelingscomité bestaat op grond van § 27 Abs. 3 MitbestG uit de voorzitter en zijn vervanger en twee andere leden van de *Aufsichtsrat*, van wie één door de werknemersvertegenwoordigers en één door de aandeelhoudersvertegenwoordigers is gekozen.

GmbH.¹⁴¹ Ook de *Unternehmergeellschaft* (UG) valt onder de definitie, nu de UG een bijzondere variant van de GmbH is.¹⁴² Deze ondernemingsvorm is bij wet van 1 november 2008 ingevoerd om het Duitse vennootschapsrecht voor investeerders aantrekkelijker te maken en kan worden opgericht met een maatschappelijk kapitaal van slechts € 1.¹⁴³ De UG kent raakvlakken met de Nederlandse Flex-BV zoals die sinds 1 oktober 2012 in de Nederlandse wet is verankerd. Het DrittelbG is niet van toepassing indien de betreffende kapitaalvennootschap valt onder het MitbestG of het Montan-MitbG (§ 1 Abs. 2). Verdergaande medezeggenschap gaat voor. Voorts zijn vennootschappen uitgezonderd die zich direct of overwegend bezig houden met een politiek, charitatief, confessioneel educatief, wetenschappelijk of cultureel doel (*Tendenzunternehmen*). Reden was de mogelijke strijd met het in Art. 5 Grundgesetz opgenomen grondrecht op menings- en persvrijheid. Religieuze vennootschappen, alsmede hun charitatieve en educatieve faciliteiten zijn uitgezonderd vanwege de in het Grundgesetz verankerde autonomie van kerken.

De vennootschap dient in de regel meer dan 500 werknemers te hebben.¹⁴⁴ Met de toevoeging ‘in de regel’ heeft de wetgever willen voorkomen dat een geringe verandering binnen het personeelsbestand direct leidt tot een wijziging in de toepasselijkheid van het DrittelbG. Zonder de toevoeging zou een *Unternehmung* die qua werknemersaantal schommelt rond de 500 werknemers bij over- of onderschrijding van het aantal steeds gedwongen zijn een *Aufsichtsrat* (opnieuw) samen te stellen of op te heffen. Of een vennootschap in de regel 500 werknemers heeft, wordt vastgesteld aan de hand van de ontwikkeling in het personeelsbestand gemeten over een bepaalde periode.¹⁴⁵ Op welke periode de prognose ziet, is niet wettelijk vastgelegd en hangt af van de feitelijke omstandigheden. In het algemeen kijkt men naar de verhouding tussen het aantal werknemers in het verleden en de te verwachten ontwikkeling in de komende één tot twee jaren.¹⁴⁶

141 Ook coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen vallen onder het toepassingsbereik van het DrittelbG. Deze rechtspersonen blijven buiten beschouwing.

142 Oetker (2011), p. 1826 (§ 1, Rn. 13) en 2269 (§ 1, Rn. 1).

143 Gesetz zur Modernisierung des GmbHRechts und zur Bekämpfung von Missbrauch (MoMiG) vom 23. Oktober 2008, BGBl I, p. 2026. Oorspronkelijk was de idee dat het voor de GmbH vereiste minimumkapitaal van € 25.000 zou verdwijnen. Reeds bestaande GmbH's vreesden echter voor de reputatie van hun rechtsvorm, waarop de Duitse wetgever besloot het vereiste minimumkapitaal niet te wijzigen maar een bijzonder soort GmbH te creëren. Meer omvattend over dit onderwerp Teichmann (2010), p. 22; F. Wooldridge & L. Davies (2010), p. 63

144 Onder bepaalde omstandigheden vallen ook vennootschappen met minder dan 500 werknemers onder het toepassingsbereik van het DrittelbG. Dit geldt voor AG's en KGaA's die voor 10 augustus 1994 in het Handelsregister stonden ingeschreven en geen familievennootschap zijn.

145 Raiser & Veil (2009), p. 62 (§ 1, Rn. 18); Ulmer (1991), p. 859-860.

146 Oetker (2011), p. 1828 (§ 1, Rn. 26) en 2270 (§ 1, Rn. 6). De periode in de toekomst moet niet worden beschouwd als een zogenoemde inloopperiode.

Het Mitbestimmungs-Beibehaltungsgesetz¹⁴⁷ voorkomt dat de medezeggenschap verdwijnt bij een overdracht van aandelen of activa naar een buitenlandse rechtsvorm.¹⁴⁸ Indien de grensoverschrijdende overdracht ertoe leidt dat het werknemersaantal van de Duitse overdragende vennootschap onder de 500 komt, gaat de wet uit van de fictie dat de overdracht niet heeft plaatsgevonden. De medezeggenschap behoudt ingevolge het DrittelbG werking totdat het werknemersaantal minder dan 125 bedraagt. Met § 325 kent het UmwG een soortgelijke regeling voor de splitsing of afstoting van onderdelen. De regelingen zijn overigens van geen betekenis voor een (grensoverschrijdende) juridische fusie, nu de Duitse overdragende vennootschap in dat geval ophoudt te bestaan.

Voor het werknemersbegrip verwijst § 3 DrittelbG naar § 5 BetrVG. Dat laatste artikel kent in Abs. 1 twee soorten werknemers: *Arbeiter* en *Angestellte*. Onder *Arbeiter* wordt een werknemer verstaan die voornamelijk handarbeid verricht, terwijl een *Angestellte* ander werk verricht. Dit rond 1900 ontstane onderscheid, heeft haar betekenis tegenwoordig grotendeels verloren.¹⁴⁹ In het algemeen is een werknemer degene die op grond van een arbeidsovereenkomst in dienst van een ander onzelfstandig en door derden bepaald werk verricht.¹⁵⁰ Niet relevant is de duur van het contract, noch of als tegenprestatie loon wordt betaald. Ook vrijwilligers die zich tot een bepaalde arbeidsprestatie hebben verplicht, zijn te beschouwen als werknemer.¹⁵¹ De *leitende Angestellte* is op grond van § 3 Abs. 1 DrittelbG van het werknemersbegrip uitgesloten. § 5 Abs 3 Nr 1-3 BetrVG noemt een aantal kenmerken van de *leitende Angestellte*. Bepalend is of de persoon de bevoegdheid heeft zelfstandig werknemers aan te nemen en te ontslaan (Nr. 1), volmacht heeft in de relatie tot de werknemers en deze volmacht ook van betekenis is (Nr. 2) of regelmatig taken waarneemt en vrij beslissingen kan nemen die voor de ontwikkeling van de onderneming relevant zijn en waarvoor bijzondere ervaring en kennis wordt verondersteld (Nr. 3).

147 Gesetz zur Beibehaltung der Mitbestimmung beim Austausch von Anteilen und der Einbringung von Unternehmensteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten der Europäischen Union betreffen (MitbestimmungsBeibehaltungsgesetz) vom 23. August 1994, BGBl I, p. 2228. Deze wet is gebaseerd op art. 11 Richtlijn 90/434/EG (Fusierichtlijn).

148 Door de verwijzing naar § 23 AktG lijkt de wet ook van toepassing op binnenlandse overdrachten. Volgens Oetker (2008), p. 33 (Vorbem, Rn. 59) is deze uitleg niet beoogd.

149 Voor een *Arbeiter* en een *Angestellte* vloeiden voorheen uit de arbeidsrechtelijke wetten verschillende rechten en plichten voort. Tegenwoordig is het onderscheid in bepaalde wetten nog terug te vinden, maar heeft het geen rechtsgevolg meer. Uitgebreid over dit onderwerp Brammsen (2010), p. 267-274; Löwisch (2001), p. 1736.

150 Junker (2012), p. 360 en p. 49-56; Fitting, Engels & Trebinger e.a. (2012), p. 218 (§ 5, Rn. 16).

151 Raiser & Veil (2009), p. 89 (§ 3, Rn. 5).

Een bijzondere categorie vormen de uitzendkrachten¹⁵² en gedetacheerden.¹⁵³ Deze arbeidskrachten blijven tijdens de uitleenperiode werknemer bij de uitlener. Dit volgt voor uitzendkrachten uit § 14 Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Abreihnemerüberlassung (AÜG). Het Bundesarbeitsgericht (BAG) heeft deze regeling op gedetacheerden van overeenkomstige toepassing verklaard.¹⁵⁴ Hiermee is niet gezegd dat deze categorie arbeidskrachten niet ook bij de inlener meetellen voor de drempelwaarde van 500 werknemers.¹⁵⁵ Sinds het in 2001 ingevoerde § 7 Satz 2 BetrVG – op grond waarvan gedetacheerden en uitzendkrachten bij de inlener actief kiesrecht hebben na drie maanden in de onderneming te hebben gewerkt – wordt aangenomen dat deze groep deel uitmaakt van de onderneming van de inlener.¹⁵⁶ Uit de toelichting op § 7 Satz 2 BetrVG blijkt evenwel dat met de bepaling niet is beoogd deze groep ten opzichte van de inlener als werknemer te kwalificeren.¹⁵⁷ In dezelfde lijn heeft het BAG in 2003 en 2004 geoordeeld dat het werknemersbegrip in het BetrVG vereist dat tussen partijen een arbeidsovereenkomst bestaat.¹⁵⁸

Preis leidt uit de uitspraken van het BAG af dat uitzendkrachten en gedetacheerden ten aanzien van de inlener geen werknemers zijn in de zin van § 5 BetrVG.¹⁵⁹ Dit zou betekenen dat deze groep arbeidskrachten niet meetelt voor de drempelwaarde van het DrittelbG. Blanke ondersteunt het standpunt van Preis maar stelt dat de uitspraken niet langer houdbaar zijn nu steeds meer ondernemingen gebruik maken van uitzendkrachten en gedetacheerden.¹⁶⁰ Ook andere auteurs plaatsen kritische kanttekeningen bij de uitspraken van het BAG. Zij maken een onderscheid tussen gedetacheerden en uitzendkrachten. Gedetacheerden moeten voor de drempelwaarde te allen tijde worden beschouwd als gewone werknemers

152 Onder uitzendkracht wordt verstaan een werknemer die conform §§ 1 en 3 AÜG een arbeidsovereenkomst heeft met een uitzendbureau die beroepsmatig de werknemer ter beschikking stelt aan een inlenende onderneming om daar onder toezicht en leiding van laatstgenoemde onderneming tijdelijk werkzaam te zijn (*unechtes Leiharbeitsverhältnis*). Vgl. Raiser & Veil (2009), p. 92 (§ 3, Rn. 11); Kirchner, Kremp & Magotsch (2010), p. 309.

153 Gedetacheerden zijn arbeidskrachten die - niet beroepsmatig - maar incidenteel door hun werkgever aan derden worden uitgeleend (*echtes Leiharbeitsverhältnis*). Hieronder valt ook de detachering binnen concern. Meer uitgebreid over het onderwerp Kloppenburg (2010), p. 233 (§ 5, Rn. 46); Preis (2009), p. 54 (§ 5, Rn. 32).

154 BAG 22 März 2000, *NZA* 2000, 1119. Kritisch over deze uitspraak Fitting, Engels & Trebinger e.a. (2012), p. 249 (§ 5, Rn. 237).

155 Preis (2009), p. 53 (§5, Rn. 30).

156 Fitting, Engels & Trebinger e.a. (2012), p. 249 (§ 5, Rn. 238) en p. 254 (§ 5, Rn. 264).

157 BT-Drucksache 14/5741, p. 28 en 36. Vgl. Hamann (2003), p. 527

158 De eerste uitspraak van 16 april 2003, *NZA* 2003, 1345 had betrekking op de positie van de uitzendkracht. De BAG heeft deze lijn voor detachering (ook binnen concernverband) bevestigd in zijn uitspraak van 10 maart 2004, *NZA* 2004, 1340. Beide uitspraken van het BAG betreffen de invulling van § 9 BetrVG. Door de algemene wijze van formuleren neemt men aan dat de redenering ook geldt voor het begrip in § 5 BetrVG. Vgl. Preis (2009), p. 53 (§ 5, Rn. 30)

159 Preis (2009), p. 53 (§5, Rn. 30-31).

160 Blanke (2008), p. 1159.

(met een contract voor bepaalde tijd) wegens het ontbreken van onderscheidende kenmerken in vergelijking tot reguliere werknemers. Dit geldt niet voor de uitzendkracht nu deze persoon vanuit zijn positie eenvoudig in een andere onderneming is in te zetten. De auteurs spreken de hoop uit dat de uitspraak van het BAG (ten minste) uitzondering geniet indien gedetacheerden duurzaam of herhaaldelijk in de onderneming van de inlener werkzaam zijn.¹⁶¹ Ter ondersteuning verwijzen zij naar een artikel van de toenmalige voorzitter van de Senaat van het BAG, die een dergelijke uitzondering niet uitsluit.¹⁶²

4.3.3.2 Samenstelling van de Aufsichtsrat

Een vennootschap die onder het DrittelbG valt, is verplicht een *Aufsichtsrat* in te stellen. Deze bepaling heeft slechts voor de GmbH aanvullende betekenis. De AG en KGaA zijn reeds tot instelling verplicht op grond van het AktG.¹⁶³ Indien een vennootschap ondanks de wettelijke verplichting geen *Aufsichtsrat* instelt, kunnen de (centrale) ondernemingsraad en 1/10 van de werknemers of een absoluut aantal van honderd werknemers een verzoek tot instelling indienen bij de rechtbank (§ 104 AktG). Een bijzonderheid doet zich voor bij de oprichting van een AG of KGaA. In dat geval worden de leden van de *Aufsichtsrat* voor het eerste jaar gekozen door de algemene vergadering, ongeacht de toepasselijkheid van het DrittelbG.¹⁶⁴

De grootte van de *Aufsichtsrat* blijkt uit § 95 AktG. Het DrittelbG verklaart deze bepaling op de GmbH van overeenkomstige toepassing. De *Aufsichtsrat* telt in de regel drie leden. De vennootschap kan de omvang in de statuten op een hoger aantal vaststellen, met dien verstande dat het aantal leden altijd door drie deelbaar moet zijn en nooit hoger dan 21 kan zijn.¹⁶⁵ Het DrittelbG schrijft dwingend voor dat de *Aufsichtsrat* voor een derde uit werknemersvertegenwoordigers bestaat. Afwijking ten nadele van de werknemers is niet mogelijk.¹⁶⁶ De meerderheid van de auteurs is van oordeel dat het AktG voor de AG en KGaA evenmin een uitbreiding van de medezeggenschap toestaat.¹⁶⁷ Een enkele auteur

161 Fitting, Engels & Trebinger e.a. (2012), p. 254 (§5, Rn. 266). In gelijke zin Oetker (2008), p. 69 (§ 1, Rn. 18); Brors (2003), p. 1382.

162 Dörner (2005), p. 295-296.

163 §§ 95 e.v. en § 278 jo. § 95 e.v. AktG.

164 Dit volgt uit § 30 Abs. 2 en § 278 Abs. 3 AktG. Deze bepalingen blijven op grond van § 6 Abs. 2 Satz. 2 MitbestG onaangetast.

165 De mogelijkheid tot het naar boven bijstellen van het aantal leden is afhankelijk van het aandelenkapitaal van de betreffende onderneming (§ 95 AktG).

166 Henssler (2008), p. 1020 -2021.

167 Ter motivering wordt verwezen naar § 96 AktG dat de samenstelling van de *Aufsichtsrat* bepaalt en van welke bepaling op grond van § 23 Abs. 5 AktG niet kan worden afgeweken. Zie o.a. Ulmer & Habersack (2013), p. 68 (§ 1, Rn. 20); Hüffer (2012), p. 524 (§ 96, Rn. 3). Henssler (2008), p. 1024 merkt op dat ook stemovereenkomsten tussen aandeelhouder(s) en werknemers en/of vakbonden rechtens niet houdbaar dan wel afdwingbaar zijn.

huldigt een andere opvatting.¹⁶⁸ Of binnen een GmbH een uitbreiding van medezeggenschap tot de mogelijkheden behoort, is omstreden. Tegen uitbreiding spreekt dat het DrittelbG voor de samenstelling verwijst naar § 96 AktG en dat de mogelijkheid tot afwijking bij de statuten niet in het DrittelbG kan worden gelezen.¹⁶⁹ Aan de andere kant kan men stellen dat het GmbHG – anders dan het AktG – geen verbod tot afwijking bij de statuten of bij overeenkomst kent en dat ook verder niet blijkt dat het DrittelbG een uitbreiding van het aantal werknemersvertegenwoordigers in de weg staat.¹⁷⁰

Alle leden van de *Aufsichtsrat* dienen handelingsbekwame natuurlijke personen van ten minste achttien jaar te zijn.¹⁷¹ Voor de leden van werknemerszijde geldt aanvullend dat ten minste twee leden een jaar in de onderneming werkzaam moeten zijn. Dit houdt in dat slechts bij meer dan twee werknemersvertegenwoordigers (en dus een *Aufsichtsrat* van negen of meer leden) personen van buiten de onderneming als werknemersvertegenwoordiger mogen optreden. Dit kunnen vakbondsleden, werknemers van buitenlandse dochtervennootschappen of leden van de Europese ondernemingsraad zijn, maar ook *leitende Angestellte*.¹⁷² Deze laatste groep is geen werknemer in de zin van het DrittelbG en wordt daarom niet beschouwd als werkzaam in de onderneming. Daarnaast stelt het DrittelbG als aanvullende voorwaarde dat de werknemersvertegenwoordigers representatief moeten zijn verdeeld naar verhouding van de mannelijke en vrouwelijke werknemers in de onderneming.¹⁷³

4.3.3.3 Verkiezing van de leden in de Aufsichtsrat

Het actieve kiesrecht komt toe aan de werknemers van de onderneming met de leeftijd van achttien jaar en ouder. De *leitende Angestellte* ontbeert actief kiesrecht. Uitzendkrachten en gedetacheerden genieten actief kiesrecht indien zij langer dan drie maanden binnen de betreffende onderneming werkzaam zijn (§ 5 Abs. 2 DrittelbG jo. § 7 Satz 2 BetrVG).

Het DrittelbG stelt bepaalde voorwaarden aan de verkiezing van de werknemersvertegenwoordigers (en hun vervangers). Ingevolge § 5 Abs. 1 DrittelbG moet de

168 Volgens Hanau (2001), p. 89 kent het AktG geen verbod tot uitbreiding van de medezeggenschap. Volgens hem bepaalt § 96 Abs. 1 AktG slechts dat bij toepassing van medezeggenschap de *Aufsichtsrat* uit vertegenwoordigers van aandeelhouders- en werknemers moet bestaan zonder dat een concrete verdeling wordt genoemd. Hier kan tegenin worden gebracht dat de wettelijke samenstelling van de *Aufsichtsrat* op basis van het DrittelbG onderdeel uitmaakt van § 96 AktG en dat § 23 Abs. 5 AktG afwijking van de wettelijke samenstelling verbiedt.

169 Ulmer & Habersack (2013), p. 69-70 (§ 1, Rn 23); Oetker (2011), p. 1823 (Einführung, Rn. 8).

170 Henssler (2008), p. 1026; Hanau (2001), p. 93.

171 Dit is bepaald in § 100 AktG dat op de leden van zowel werknemers- als aandeelhouderszijde betrekking heeft. Abs. 2 kent een aantal beperkingen. Een persoon kan bijvoorbeeld in niet meer dan tien handelsmaatschappijen in de *Aufsichtsrat* deelnemen.

172 Raiser & Veil (2009), p. 585 (§ 4, Rn. 12).

173 Overtreding van dit voorschrift tast de rechtsgeldigheid van de verkiezingen niet aan. Zie Dieterich, Hanau & Schaub (2011), p. 1835 (§ 4, Rn. 11); Raiser & Veil (2009), p. 585 (§ 4, Rn. 15).

verkiezing algemeen, geheim, gelijk en onmiddellijk zijn. Het DrittelbG gaat dus uit van rechtstreekse verkiezingen. Het is daarnaast een *Mehrheitswahl*. Dit betekent dat de stem op een persoon en niet op een lijst wordt uitgebracht. Het voordrachtsrecht kent § 6 DrittelbG toe aan de ondernemingsra(a)d(en) en de werknemers, met dien verstande dat een werknemersvoorstel door ten minste 1/10 of honderd kiesgerechtigden moet zijn ondertekend. Vakbond noch werkgever heeft een voordrachtsrecht. De overige voorwaarden voor de verkiezing volgen niet uit het DrittelbG, maar uit de op grond van § 13 DrittelbG vastgestelde *Wahlordnung*.¹⁷⁴ De verkiezing start met de mededeling van het leidinggevende orgaan dat er werknemersvertegenwoordigers voor de *Aufsichtsrat* moeten worden gekozen. Vervolgens wordt een kiescommissie (*Betriebswahlvorstände*) samengesteld die verantwoordelijk is voor de organisatie van de verkiezingen en het vaststellen van de verkiezingsuitslag. Nadat de verkiezingen zijn uitgeschreven, kunnen voordrachtsgerechtigden binnen twee weken kandidatenlijsten indienen. Iedere kandidatenlijst moet minstens dubbel zo veel kandidaten kennen als dat er werknemersvertegenwoordigers in de *Aufsichtsrat* te kiezen zijn.

Verkiezbaar zijn degenen die op één van de kandidatenlijsten staan. Vertegenwoordiger in de *Aufsichtsrat* wordt de persoon die de meeste stemmen ontvangt. Een totaal van drie kiesgerechtigden, de (centrale) ondernemingsraad en het orgaan dat wettelijk bevoegd is de onderneming te vertegenwoordigen¹⁷⁵ hebben de mogelijkheid de geldigheid van de verkiezingen aan te vechten bij het *Arbeitsgericht* wegens strijd met de voorschriften inzake het kiesrecht, de verkiesbaarheid en/of de gevolgde procedure (§ 11 DrittelbG). De vakbonden zijn niet bevoegd. De verkiezing kan ook nietig zijn. Dit geldt slechts onder zeer bijzondere omstandigheden.¹⁷⁶ Denk aan een verkiezing waarbij de verhouding tussen het aantal leden van werknemers- en kapitaalzijde niet conform de wet is of aan een verkiezing zonder dat de vennootschap onder het toepassingsbereik van het DrittelbG valt.

4.3.4 Mitbestimmungsgesetz

4.3.4.1 Het toepassingsbereik

Het toepassingsbereik van het MitbestG volgt uit de §§ 1, 4 en 5. De hoofdregel is neergelegd in § 1. Deze bepaling stelt als voorwaarden dat het moet gaan om (i) een onderneming met (ii) een rechtsvorm van een AG, GmbH, KGaA of een coöperatie die (iii) in de regel meer dan 2.000 werknemers in dienst heeft. Om overlap met de andere medezeggenschapswetten te voorkomen, gaan rechten op grond van het

174 Verordnung zur Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer nach den DrittelbG vom 23. Juni 2004, BGBl I, p. 1393.

175 Dit is bij een AG de *Vorstand*, bij een KGaA de *Komplementär* en bij een GmbH de *Geschäftsführer*.

176 Raiser & Veil (2009), p. 597 (§ 11, Rn. 6).

Montan-MitbestG voor (§ 1 Abs. 2) en komen rechten op grond van het DrittelbG te vervallen (§ 1 Abs. 3).

Vereist is dat de onderneming wat kapitaalvennootschappen betreft de rechtsvorm van een AG, KGaA of GmbH heeft. Daarnaast schaaft § 4 de AG/GmbH & Co KG onder het ondernemingsbegrip.¹⁷⁷ Binnen concernverband kunnen ook andere rechtspersonen aan medezeggenschap zijn onderworpen, indien de AG, GmbH of KGaA de dominerende onderneming binnen een concern is (vgl. paragraaf 4.3.6.2). Net als bij het DrittelbG zijn van het toepassingsbereik uitgezonderd de ondernemingen die zich direct of overwegend bezig houden met een politiek, charitatief, confessioneel educatief, wetenschappelijk of cultureel doel (*Tendenzunternehmen*), als ook religieuze ondernemingen en hun charitatieve en educatieve faciliteiten.

De vennootschap moet in de regel ten minste 2.000 werknemers in dienst hebben (*beschäftigt*). De keuze voor 2.000 werknemers heeft een politiek karakter. Voorafgaand aan de totstandkoming van het MitbestG werden in de politiek en de wetenschap werknemersaantallen genoemd tussen de 1.000 en 2.000 werknemers. De regering rechtvaardigde de keuze voor 2.000 met de stelling dat slechts ondernemingen van deze grootte een toereikende organisatie hebben waarbinnen de medezeggenschap in de vorm van het MitbestG werkzaam is. Andere argumenten waren dat bij dergelijke grote ondernemingen een anonimisering van de werknemer en een bureaucratisering van de ondernemingsleiding te verwachten valt.¹⁷⁸

De wijze waarop men bepaalt of aan de drempelwaarde van 2.000 werknemers is voldaan, kent veel overeenkomsten met de drempelwaarde van het DrittelbG. De invulling van het begrip ‘in de regel’, alsmede de toepassing van het Mitbestimmungs-Beibehaltungsgesetz is aan het DrittelbG gelijk (vgl. paragraaf 4.3.3.1). Ook het werknemersbegrip komt in grote lijnen overeen met de betekenis die het DrittelbG hieraan geeft. Verschil is dat het MitbestG ook de *leitende Angestellte* als werknemer noemt. De wettekst van § 3 MitbestG wekt op dit punt wel wat verwarring. Abs. 1 Nr. 1 sluit de *leitende Angestellte* van het werknemersbegrip uit, terwijl Abs. 1 Nr. 2 de *leitende Angestellte* er weer onder laat vallen. Het is echter algemeen aanvaard dat het werknemersbegrip eveneens de *leitende Angestellte* omvat.¹⁷⁹ De voorwaarde dat de werknemer *beschäftigt* moet zijn, heeft geen noemenswaardige betekenis. Ulmer en Oetker menen dat het begrip eventueel tot

177 Het gaat om een personenvennootschap waarvan de persoonlijk aansprakelijke vennoot een onderneming betreft die onder het MitbestG valt. Ingevolge § 4 MitbestG worden de werknemers van de AG/GmbH & Co KG onder bepaalde voorwaarden aan de persoonlijk aansprakelijke vennoot die onder het MitbestG valt, toegerekend. Dit is niet het geval onder het DrittelbG.

178 Entwurf eines Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in Betrieb und Unternehmen, BT-Drucksache VI/1806, p. 56. Zie ook Bericht der Sachverständigenkommission zur Auswertung der bisherigen Erfahrungen bei der Mitbestimmung, BT-Drucksache VI/334, 1970, p. 97.

179 Raiser & Veil (2009), p. 88.

gevolg kan hebben dat (langdurig) geschorste werknemers en werknemers met (langdurig) verlof voor de drempelwaarde niet meetellen.¹⁸⁰

4.3.4.2 Samenstelling van de Aufsichtsrat

De samenstelling van de *Aufsichtsrat* volgt uit het AktG, voor zover het MitbestG daarvan niet afwijkt.¹⁸¹ De grootte van de *Aufsichtsrat* is afhankelijk van het aantal Duitse werknemers in dienst van de vennootschap (§ 7 MitbestG). Het MitbestG onderscheidt drie situaties. Een *Aufsichtsrat* bestaat uit: (i) twaalf leden in vennootschappen met in de regel niet meer dan 10.000 werknemers, (ii) zestien leden in vennootschappen met in de regel tussen de 10.000 en 20.000 werknemers en (iii) twintig leden in vennootschappen met meer dan 20.000 werknemers. De statuten kunnen één van de andere situaties van toepassing verklaren, voor zover de wettelijk voorgeschreven omvang van de *Aufsichtsrat* niet kleiner wordt (§ 7 Abs. 1 Satz 2 MitbestG). De statuten kunnen dus bepalen dat de *Aufsichtsrat* in een onderneming tot 10.000 werknemers uit zestien of twintig leden en in een onderneming tussen de 10.000 en 20.000 werknemers uit twintig leden bestaat.

De *Aufsichtsrat* bestaat uit afgevaardigden van aandeelhouders- en werknemerszijde (§ 96 AktG). De leden worden gelijkkelijk verdeeld over de aandeelhouders en de werknemers (pariteit). Het aantal werknemersleden kan vanwege het dwingende karakter van het MitbestG niet naar beneden worden bijgesteld. Bijstelling naar boven wordt evenmin toelaatbaar geacht.¹⁸² De leden kiezen uit hun midden een voorzitter. Indien in de eerste stemronde niemand een tweederde meerderheid behaalt, kiezen in de tweede stemronde de aandeelhouders de voorzitter en de werknemers zijn vervanger met meerderheid van stemmen. Deze bepaling legt de uiteindelijke macht binnen de *Aufsichtsrat* bij de aandeelhouders, nu de voorzitter bij een patstelling tijdens de besluitvorming een tweede beslissende stem heeft (§ 29 MitbestG). Dit geldt niet voor zijn vervanger.

Net als in het DrittelbG dienen alle leden van de *Aufsichtsrat* handelingsbekwame natuurlijke personen van ten minste achttien jaar te zijn. Voor de leden van werknemerszijde gelden aanvullende voorwaarden. Het MitbestG gaat uit van een *Gruppenprinzip*, op grond waarvan de werknemersvertegenwoordigers moeten voortkomen uit de verschillende groepen binnen de onderneming (§ 7 Abs. 2 MitbestG). Zo moeten bij zes en acht werknemersvertegenwoordigers twee leden en bij tien zelfs drie leden verplicht zijn voorgedragen door een vakbond die in de

¹⁸⁰ Ulmer (1991), p. 864-865; Oetker (2008), p. 68 (§ 1, Rn. 15).

¹⁸¹ § 6 Abs. 2 MitbestG verwijst naar § 96 Abs. 2, §§ 97 - 101 Abs. 1 en 3 en §§ 102-106 AktG. In tegenstelling tot het AktG bepaalt het MitbestG dat procuratiehouders wel als werknemersvertegenwoordiger in de *Aufsichtsrat* zitting kunnen nemen. Gevreesd werd dat anders het aantal *leitende Angestellte* in de *Aufsichtsrat* te klein zou worden.

¹⁸² Ulmer & Habersack (2013), p. 64 (§ 1, Rn. 16).

(concern)onderneming is vertegenwoordigd.¹⁸³ De overige zetels worden verdeeld over de werknemers en de *leitende Angestellte*. Dit gebeurt aan de hand van hun percentage ten opzichte van het gehele personeelsbestand. Deze regel heeft tot gevolg dat de groep *leitende Angestellte* niet snel een lid in de *Aufsichtsrat* krijgt toebedeeld vanwege haar vaak beperkte omvang binnen de vennootschap.¹⁸⁴ Ter bescherming wijst het MitbestG ten minste één werknemersvertegenwoordiger aan de *leitende Angestellte* toe (§ 15 Abs. 1 Mitbest). Deze zetel komt in mindering op de aan de reguliere werknemers toekomende zetels. De bepalingen zijn van dwingend recht. De verkiezing van een in strijd met deze regels gekozen werknemersvertegenwoordiger is nietig.¹⁸⁵

Op het moment dat een vennootschap aan de voorwaarden van het MitbestG voldoet, is doorgaans reeds een *Aufsichtsrat* ingesteld die volgens de normen van het MitbestG opnieuw moet worden samengesteld. Denk aan de situatie dat een al bestaande vennootschap boven de 2.000 werknemers uitkomt, waardoor niet langer het DrittelbG maar het MitbestG op de vennootschap van toepassing is. Het speelt ook bij de AG en KGaA na ommekomst van een jaar na oprichting. Bij de oprichting van een AG en KGaA worden de leden van de *Aufsichtsrat* door de aandeelhouders benoemd. Na afloop van een jaar moet de *Aufsichtsrat* conform het MitbestG zijn samengesteld. De samenstelling van de *Aufsichtsrat* wordt aan het MitbestG aangepast op basis van de procedure zoals neergelegd in § 97 AktG.¹⁸⁶ Het leidinggevende orgaan van de vennootschap maakt – met verwijzing naar de wettelijke voorschriften – bekend dat de *Aufsichtsrat* niet correct is samengesteld en volgens de juiste voorschriften zal worden samengesteld. Gedurende de aanpassingsprocedure blijft de *Aufsichtsrat* actief.¹⁸⁷ Zo wordt voorkomen dat de besluiten van een onjuist samengestelde *Aufsichtsrat* geen rechtskracht hebben en het orgaan tot de nieuwe samenstelling geen werkzaamheden kan uitoefenen. Bestuursleden, aandeelhouders, de (centrale) ondernemingsraad, de vakbonden die een voordrachtsrecht hebben en 10% van de werknemers kunnen tegen het standpunt van het leidinggevende orgaan bedenkingen indienen bij het bevoegde *Landesgericht* (§ 98 Abs. 1 AktG).

183 Een vakbond is in de onderneming vertegenwoordigd indien tot zijn leden ten minste één werknemer uit de (concern)onderneming behoort. Vgl. Oetker (2011), p. 2281 (§ 8, Rn. 3); Raiser & Veil (2009), p. 203 (§ 7, Rn. 19).

184 Raiser & Veil (2009), p. 269 (§ 15, Rn. 8).

185 Voor de AG en KGaA volgt de nietigheidssanctie uit § 250 Abs. 1 Nr. 4 en § 278 Abs. 3 AktG. Deze bepaling is ook op de GmbH van toepassing. Raiser & Veil (2009), p. 176-177 (§ 6, Rn. 26).

186 Naar deze bepaling verwijst § 6 Abs. 2 MitbestG. Onduidelijk is of deze procedure eveneens moet worden gevolgd indien de samenstelling van de *Aufsichtsrat* verandert op grond van het MitbestG zelf. Dit kan zich voordoen nu § 7 MitbestG het aantal werknemers bepalend acht voor de omvang van de *Aufsichtsrat*. Raiser & Veil (2009), p. 165 (§ 6, Rn. 5) menen dat de procedure van overeenkomstige toepassing is. Ter onderbouwing verwijzen de auteurs naar het doel van § 97 (het vermijden van rechtsonzekerheid) hetgeen ook in deze situatie opgaat en naar § 98 Abs. 2 Satz 2 MitbestG dat het indienen van een verzoekschrift mogelijk maakt.

187 § 96 Abs. 2 AktG.

4.3.4.3 Verkiezing van de leden in de Aufsichtsrat

Het MitbestG regelt in de §§ 9-18 en 34 de verkiezing van de werknemersvertegenwoordigers (en hun vervangers) in de *Aufsichtsrat*. Deze bepalingen schetsen op hoofdlijnen de wijze waarop de verkiezing dient plaats te vinden. De technische uitwerking volgt uit drie verschillende *Wahlordnungen*, die door de regering zijn vastgesteld op grond van § 39 MitbestG.¹⁸⁸ De eerste *Wahlordnung* geldt voor vennootschappen met één *Betrieb*, de tweede voor vennootschappen met meerdere *Betriebe* en de derde voor een concern. De toepasselijke *Wahlordnung* bepaalt binnen welke termijn de onderneming de verkiezing moet aankondigen. Ook de samenstelling van de verkiezingscommissie(s) vloeit hieruit voort.¹⁸⁹ De verkiezingscommissie is verantwoordelijk voor de verkiezingen: zij stelt het kiesregister op, maakt bekend hoe en wanneer de verkiezingen plaatsvinden en verdeelt de werknemersvertegenwoordigers in de *Aufsichtsrat* over de verschillende groepen binnen de onderneming.

De verkiezingsprocedure is een stuk ingewikkelder dan in het DrittelbG. De wijze waarop de werknemers hun vertegenwoordigers in de *Aufsichtsrat* kiezen, verschilt naar gelang de grootte van de onderneming. Bij een vennootschap met meer dan 8.000 werknemers in dienst worden de werknemersvertegenwoordigers in beginsel gekozen door gedelegeerden.¹⁹⁰ In dit geval kiezen de kiesgerechtigde werknemers eerst hun gedelegeerden.¹⁹¹ Per negentig werknemers wordt in beginsel één gedelegeerde gekozen,¹⁹² waarbij de werknemers en de *leitende Angestellte*

188 Erste, zweite und dritte Wahlordnung zum Mitbestimmungsgesetz vom 27. Mai 2002, BGBl I p. 1682, p. 1708 en p. 1741, die durch Art. 3 der Verordnung vom 10. Oktober 2005 geändert worden ist.

189 Per *Betrieb* bestaat één verkiezingscommissie. In vennootschappen met meerdere *Betriebe* bestaan verschillende verkiezingscommissies naast elkaar, maar moet men daarnaast een gezamenlijke of concernverkiezingscommissie instellen. Een verkiezingscommissie bestaat in de regel uit drie kiesgerechtigde werknemers die door de ondernemingsraad zijn benoemd.

190 Voor een verkiezing via gedelegeerden is gekozen omdat in dergelijke grote ondernemingen de werknemers vaak niet bekend zijn met de kandidaten voor de *Aufsichtsrat*. Een werknemer kan tot gedelegeerde worden gekozen indien hij achttien jaar of ouder is en minstens zes maanden werkzaam is in de betreffende *Betrieb* van de onderneming waarvoor hij zich verkiesbaar stelt (§ 10 Abs. 3 MitbestG jo. § 8 BetrVG). Voor de termijn van een half jaar worden perioden meegerekend die de werknemer heeft gewerkt in een andere *Betrieb* van dezelfde vennootschap of hetzelfde concern. De zesmaandeneis vervalt indien de *Betrieb* nog geen half jaar bestaat. Dit volgt uit een analoge toepassing van § 8 Abs. 2 BetrVG.

191 Kiesgerechtigd zijn de werknemers van achttien jaar en ouder in dienst van de vennootschap. Dit geldt voor de verkiezing van de gedelegeerden uit § 10 Abs. 2 MitbestG en voor de rechtstreekse verkiezing uit § 18 MitbestG. Ook gedetacheerden en uitzendkrachten die ten minste drie maanden in de onderneming van de vennootschap werkzaam zijn, hebben een actief kiesrecht (§ 7 Abs. 2 BetrVG).

192 Vanaf vijfentwintig gedelegeerden wordt het aantal met een wisselend percentage verminderd op grond van § 11 MitbestG.

naar evenredigheid zijn vertegenwoordigd.¹⁹³ De benoeming van gedelegeerden geschiedt via geheime verkiezingen per *Betrieb* (§ 10 MitbestG). Slechts de werknemers van de betreffende *Betrieb* zijn bevoegd tot het indienen van kieslijsten (§ 12 MitbestG). Dit is niet anders bij de verkiezing binnen concernverband. De gedelegeerden kiezen vervolgens binnen vier weken de werknemersvertegenwoordigers in de *Aufsichtsrat*.¹⁹⁴ Dit gebeurt op basis van kieslijsten die door de werknemers zijn opgesteld en ingediend. Een kieslijst moet zijn ondertekend door ten minste 5% van het totale aantal kiesgerechtigden dan wel vijftig kiesgerechtigden (§ 15 Abs. 2 MitbestG). De ondernemingsraad heeft niet het recht een kieslijst in te dienen. De kandidaten op de kieslijst moeten op het moment dat het lidmaatschap van de *Aufsichtsrat* ingaat ten minste een jaar in de vennootschap werkzaam zijn (§ 7 Abs. 3 MitbestG).¹⁹⁵ Bij meerdere kieslijsten geschiedt de verkiezing op basis van *Verhältniswahl*. De gedelegeerden brengen dan een stem op een lijst en niet op een persoon uit. Wie als werknemersvertegenwoordiger in de *Aufsichtsrat* zitting krijgt, wordt bepaald aan de hand van de volgorde van de kieslijst. Indien slechts één kieslijst wordt ingediend, wordt wel op personen gestemd. Dit noemt men de *Mehrheitswahl* c.q. *Personenwahl*. In een vennootschap met minder dan 8.000 werknemers kiezen de werknemers in beginsel rechtstreeks hun vertegenwoordigers. De bepalingen inzake de verkiezing via gedelegeerden zijn in dat geval van overeenkomstige toepassing, met dien verstande dat de werknemers geen gedelegeerden maar werknemersvertegenwoordigers kiezen (§ 18 MitbestG).

Ook de werknemersafgevaardigden van de vakbond worden door de werknemers (via gedelegeerden ofwel rechtstreeks) gekozen. De vakbonden hebben ten aanzien van de aan hen toegekende vertegenwoordigers slechts een voordrachtsrecht (§ 16 MitbestG). De voorgedragen kandidaat hoeft niet lid te zijn van de vakbond of werkzaam te zijn in door de vennootschap in stand gehouden onderneming. Voor de afgevaardigde van de *leitende Angestellte* geldt een bijzondere regeling. Deze afgevaardigde moet uit deze groep arbeidskrachten afkomstig zijn en wordt door de *leitende Angestellte* zelf gekozen (§ 15 Abs. 2 Nr. 2 MitbestG).

De werknemersvertegenwoordigers in de *Aufsichtsrat* worden – in lijn met de vertegenwoordigers van aandeelhouderskant – doorgaans voor een periode van vijf jaar gekozen (§ 102 Abs. 1 AktG jo. § 6 Abs. 2 MitbestG). De rechtsgeldigheid van de verkiezing kan binnen een termijn van twee weken worden aangevochten bij het

193 Aangezien de gedelegeerden verhoudingsgewijs over de reguliere werknemers en de *leitende Angestellte* worden verdeeld, bestaat het risico dat de groep *leitende Angestellte* - net als bij de samenstelling van de *Aufsichtsrat* - geen gedelegeerde krijgt toegewezen. Om dit risico te voorkomen, bepaalt § 11 Abs. 2 MitbestG dat voor iedere negen gedelegeerden in beginsel één gedelegeerde aan de groep *leitende Angestellte* moet worden toebedeeld.

194 § 68 Wahlordnung I en § 74 Wahlordnung II en Wahlordnung III.

195 Periodes in (concern)vennootschappen en personenvennootschappen ingevolge de §§ 4 en 5 MitbestG worden meegeteld. Hetzelfde geldt voor periodes die zijn gewerkt in ondernemingen die door fusie of overname deel van de vennootschap zijn gaan uitmaken.

Arbeitsgericht wegens strijd met de voorschriften inzake het kiesrecht, de verkiesbaarheid en/of de gevolgde procedure (§ 22 DrittelbG). Bevoegd zijn een totaal van drie kiesgerechtigden, de (centrale) ondernemingsraad die kiesgerechtigde werknemers overkoepelt, de *Sprecherausschuss*¹⁹⁶ bij het ontbreken van een (centrale) ondernemingsraad en het orgaan dat wettelijk bevoegd is de vennootschap te vertegenwoordigen.¹⁹⁷ De vakbonden zijn ook bevoegd de rechtsgeldigheid aan te vechten. De verkiezing kan daarnaast nietig zijn. In lijn met het DrittelbG geldt de nietigheidssanctie slechts onder zeer bijzondere omstandigheden.¹⁹⁸ Voldoet een werknemersvertegenwoordiger tijdens de ambtstermijn van de *Aufsichtsrat* niet meer aan de wettelijke voorwaarden, dan verliest hij zijn lidmaatschap. In dat geval neemt zijn vervanger zijn plaats over. Dit doet zich voor als het dienstverband van de werknemer tijdens de zittingsperiode eindigt, maar ook bij een vrijstelling van werk indien duidelijk is dat de werknemer niet meer zal terugkeren in de onderneming.

4.3.4.4 De Arbeitsdirektor

Anders dan de *Aufsichtsrat* is het leidinggevende orgaan van de vennootschap in beginsel medezeggenschapsvrij. Het MitbestG maakt hierop een uitzondering.¹⁹⁹ Op grond van § 33 MitbestG moet in het leidinggevende orgaan een zogenoemde *Arbeitsdirektor* worden benoemd. Over de vraag of de *Arbeitsdirektor* bij zijn benoeming en ontslag dezelfde bijzondere positie als in het Montan-MitbestG moest krijgen (zie hierna paragraaf 4.3.5.2), werd bij de totstandkoming van het MitbestG verschillend gedacht.²⁰⁰ Na moeizame onderhandelingen heeft de regering uiteindelijk beslist dat de *Arbeitsdirektor* op dezelfde wijze wordt benoemd en ontslagen als de overige leden van het leidinggevende orgaan (§ 31 MitbestG). Nu de voorzitter van de *Aufsichtsrat* bij een patstelling tijdens de besluitvorming een tweede beslissende stem heeft, ligt de uiteindelijke benoemingsmacht dus bij de aandeelhouders. Werknemers noch vakbonden hebben een voordrachtsrecht. De meerderheid binnen de toenmalige regering was van oordeel dat de vertrouwensband tussen de *Arbeitsdirektor* en de werknemers ook zonder een veto- en/of voordrachtsrecht kon bestaan.²⁰¹

Het MitbestG bepaalt in § 33 Abs. 1 dat de *Arbeitsdirektor* deel uitmaakt van het leidinggevende orgaan. Hij functioneert binnen het orgaan als een regulier lid (discriminatieverbod) en oefent – net als de overige leden – zijn taken in overeenstemming

196 Dit orgaan vertegenwoordigt de groep *leitende Angestellte* binnen de onderneming.

197 Dit is bij een AG de *Vorstand*, bij een KGaA de *Komplementär* en bij een GmbH de *Geschäftsführer*.

198 Raiser & Veil (2009), p. 322-323 (§ 22, Rn. 20-23).

199 Dit geldt op grond van § 33 Abs. 1 MitbestG niet voor de KGaA.

200 Henssler (2013), p. 617-618 (§ 33, Rn. 3-8).

201 Raiser & Veil (2009), p. 512-513 (§ 33, Rn. 2).

met het gehele orgaan uit.²⁰² De inhoud van zijn taken laat de wet open. In het regeringsontwerp stond oorspronkelijk vermeld dat de *Arbeitsdirektor* zich overwegend zou bezighouden met personele en sociale vraagstukken.²⁰³ Deze formulering is in de uiteindelijke wettekst niet opgenomen. Desondanks wordt in de literatuur aangenomen dat het zwaartepunt van zijn werkzaamheden in het bijzonder bij deze onderwerpen ligt.²⁰⁴ Daarnaast wordt de *Arbeitsdirektor* beschouwd als een bemiddelaar tussen het leidinggevende orgaan enerzijds en het personeel dan wel de (centrale) ondernemingsraad anderzijds.²⁰⁵ Welke taken daar specifiek toe behoren, ligt niet vast en kan per vennootschap verschillen. De *Arbeitsdirektor* voert zijn taken onafhankelijk uit. Hij is geen vertegenwoordiger van de werknemers dan wel vakbonden en is aan hen geen verantwoording verschuldigd.

De *Aufsichtsrat* is vrij in de keuze wie hij als *Arbeitsdirektor* benoemt. De benoeming geschiedt nadat de *Aufsichtsrat* conform het MitbestG is samengesteld (§ 37 Abs. 2 MitbestG) en steeds na afloop van een ambtsperiode van vijf jaar. De wet verlangt niet dat een nieuwe samengestelde *Aufsichtsrat* direct tot benoeming overgaat. Dit is wettelijk ook niet mogelijk. Het leidinggevende orgaan is op dat moment reeds voltallig.²⁰⁶ De benoeming vindt eerst plaats na afloop van de ambtsperiode van het leidinggevende orgaan of een maximale termijn van vijf jaren (§ 37 Abs. 3 MitbestG). De personeelsaangelegenheden moeten in de tussentijd aan een huidig lid van het leidinggevende orgaan worden toegewezen.²⁰⁷

4.3.5 Montan-Mitbestimmungsgesetz

4.3.5.1 Het toepassingsbereik

Het Montan-MitbestG kent de sterkste variant van medezeggenschap. In de praktijk is het bereik van de wet echter gering. Dit komt door het strikte toepassingsbereik. Het Montan-MitbestG is van toepassing op een AG of GmbH²⁰⁸ met in de regel

202 De *Arbeitsdirektor* is - net als de andere leden van het bestuur - bij de uitoefening van zijn taken gehouden aan de wettelijke besluitvorming binnen het leidinggevende orgaan. De wijze van besluiten volgt voor de *Vorstand* in een AG of KGaA uit § 77 AktG en voor de *Geschäftsführer* in een GmbH uit § 35 GmbHG. Zie hierover uitgebreid Henssler (2013), p. 623 (§ 33, Rn. 29-31).

203 Raiser & Veil (2009), p. 512 (§ 33, Rn. 1).

204 Oetker (2011), p. 2305 (§ 33, Rn. 11); Wilhelm (2009), p. 379. Dit betekent niet dat de *Arbeitsdirektor* geen andere taken toebedeeld kan krijgen noch dat zijn verantwoordelijkheid zich beperkt tot de personele en sociale vraagstukken van de onderneming.

205 Raiser & Veil (2009), p. 520 (§ 33, Rn. 16).

206 Ulmer & Habersack (2013), p. 645-646 (§ 37, Rn. 20).

207 Henssler (2013), p. 622 (§ 33, Rn. 24).

208 Anders dan bij het DrittelbG en het MitbestG valt de KGaA niet onder de werkingssfeer van het Montan-MitbestG.

meer dan 1.000 werknemers²⁰⁹ die zich overwegend bezighoudt met het winnen van steenkool, bruinkool of ijzererts of het bewerken van deze mineralen. Bij de beoordeling wordt met name gekeken naar de omzet en het geïnvesteerde kapitaal.²¹⁰ Ook vennootschappen die werken in de ijzer- en staalindustrie vallen binnen het toepassingsbereik. Naar de woordelijke tekst van de wet gaat het om de vennootschappen genoemd in de bijlage van het in 1950 aangenomen Gesetz Nr. 27 der Alliierten Hohen Kommission. Dit is niet zo bedoeld. De in de bijlage genoemde vennootschappen gelden slechts ter illustratie. Ook later opgerichte vennootschappen kunnen onder het bereik vallen, indien de betreffende vennootschap voornamelijk werkzaam is in de ijzer- en staalindustrie.²¹¹ De wettekst kent verder nog het begrip *Einheitsgesellschaften*. Hiermee is geen bijzondere rechtsvorm bedoeld. Het betreft een verwijzing naar de vennootschappen genoemd in de bijlage van Gesetz Nr. 27 der Alliierten Hohen Kommission.

Een vennootschap die niet langer voldoet aan het ondernemingsdoel of het werknemersaantal, is niet direct vrijgesteld van het medezeggenschapsregime uit het Montan-MitbestG. Dit is pas het geval indien de vennootschap over een aaneengesloten periode van zes jaar de voorwaarden niet meer vervult (§ 1 Abs. 3 Montan-MitbestG). De zes jaar moeten aaneengesloten zijn. Een vennootschap die na vijf jaar voor een periode van een half jaar weer aan de voorwaarden voldoet, is opnieuw aan een nieuwe termijn van zes jaar gebonden. Deze overgangstermijn geldt niet indien de vennootschap zich omzet in een rechtsvorm die niet onder de werkingssfeer van het Montan-MitbestG valt. Het Mitbestimmungs-Beibehaltungsgesetz voorkomt evenwel dat een *mitbestimmte* vennootschap die door een grensoverschrijdende overdracht van aandelen of activa aan een buitenlandse rechtsvorm niet langer aan de drempelwaarde voldoet, buiten het toepassingsbereik valt.

4.3.5.2 Verschillen met het MitbestG

Het Montan-MitbestG kent op het terrein van de oprichting, samenstelling en verkiezingsprocedure van de *Aufsichtsrat* als ook de *Arbeitsdirektor* grote overeenkomsten met het MitbestG. Om niet in herhaling te vallen, behandelt deze paragraaf slechts de punten waarop het Montan-MitbestG een van het MitbestG verschillende regeling bevat.

De *Aufsichtsrat* bestaat in beginsel uit elf leden: vier vertegenwoordigers van aandeelhouderszijde, vier vertegenwoordigers van werknemerszijde en drie leden die onafhankelijk zijn van de onderneming, vakbond en werkgever. De omvang van

209 Het Montan-MitbestG kent geen definitie van het begrip werknemer. Oetker (2011), p. 2313 (§ 1, Rn. 1) zoekt - in navolging van het DrittelbG en het MitbestG - aansluiting bij het BetrVG.

210 Oetker (2011), p. 2313 (§ 1, Rn. 4). Vanwege het territorialiteitsbeginsel zijn vestigingen in het buitenland voor de beoordeling irrelevant.

211 OLG Düsseldorf 24 augustus 1982, ZIP 1982, 1207.

de *Aufsichtsrat* wordt uitgebreid tot vijftien leden bij vennootschappen met een nominaal kapitaal van meer dan tien miljoen euro en tot eenentwintig leden bij ondernemingen met een nominaal kapitaal van meer dan vijftientwintig miljoen euro. Bij een dergelijke uitbreiding nemen de leden van werknemers- en aandeelhouderszijde evenredig toe; het aantal overige leden blijft drie. De *Aufsichtsrat* bestaat altijd uit een oneven aantal leden.

De aandeelhouders kiezen de vertegenwoordigers van aandeelhouderszijde als ook één onafhankelijk lid (§ 5 Montan-MitbestG). Voor de benoeming van de werknemersvertegenwoordigers kent het Montan-MitbestG een uitgebreide regeling die van het MitbestG afwijkt (§ 6 Montan-MitbestG). Uitgaande van een *Aufsichtsrat* van elf leden, kiezen de ondernemingsra(a)d(en) vier werknemersvertegenwoordigers²¹² en één onafhankelijk lid. Twee van de vier werknemersvertegenwoordigers moeten uit de vennootschap afkomstig zijn. De ondernemingsra(a)d(en) kiezen deze twee vertegenwoordigers in geheime verkiezingen, waartegen bezwaar van de vakbonden en hun koepelorganisaties openstaat. Met betrekking tot de twee andere werknemersvertegenwoordigers en het onafhankelijke lid komt een voordrachtsrecht toe aan de koepelorganisaties in overleg met de in de onderneming vertegenwoordigde vakbonden. Na indiening van de kieslijsten worden ook deze drie leden in geheime verkiezingen door de ondernemingsra(a)d(en) gekozen. Nadat alle werknemersvertegenwoordigers en het onafhankelijk lid zijn gekozen, worden de kandidaten ter benoeming aan de algemene vergadering voorgedragen. Dit is een formele bevoegdheid. De algemene vergadering kan niet van de voordracht afwijken.

Om een eventuele patstelling tussen aandeelhouders en werknemers binnen de *Aufsichtsrat* te voorkomen, is het laatste onafhankelijke lid een zogenoemd neutraal lid. Dit lid kiezen de vertegenwoordigers van aandeelhouders- en werknemerszijde met een gewone meerderheid en met ten minste drie stemmen van iedere zijde (§ 8 Montan-MitbestG). Indien de vertegenwoordigers niet tot overeenstemming komen, wordt een bemiddelingscomité ingesteld. Het bemiddelingscomité bestaat uit vier leden (twee van iedere zijde) en heeft tot taak drie kandidaten aan de algemene vergadering voor te stellen. De algemene vergadering kan weigeren één van deze kandidaten te benoemen, indien zij van oordeel is dat de kandidaten niet zullen handelen in het belang van de vennootschap. Het bevoegde *Oberlandesgericht* beslist of de motivering standhoudt. Is dit niet het geval, dan moet de algemene vergadering één van de drie kandidaten benoemen. Is dit wel het geval, dan dient de bemiddelingscommissie drie nieuwe kandidaten voor te dragen. Deze uitgebreide procedure stelt zeker dat het onafhankelijke lid het vertrouwen van zowel aandeelhouders als werknemers heeft.

212 Bij een *Aufsichtsrat* van vijftien of eenentwintig leden zijn er zes respectievelijk acht vertegenwoordigers van werknemerszijde.

Tot slot kent ook het Montan-MitbestG aan de *Aufsichtsrat* het recht toe een *Arbeitsdirektor* in het bestuur van de onderneming te benoemen (§ 13 Montan-MitbestG). Verschil met het MitbestG is dat de *Arbeitsdirektor* niet kan worden benoemd tegen de wil van de meerderheid van de werknemersvertegenwoordigers.

4.3.6 Medezeggenschap in (internationaal) concernverband

De Duitse wetgeving is bekend met concernmedezeggenschap. De regelgeving is gebaseerd op de in de literatuur geaccepteerde gedachte dat de medezeggenschap binnen een concern naar het hoogste niveau moet worden doorgevoerd om effectief te kunnen zijn.

4.3.6.1 Montan-MitbestG en MitbestErgG

Het Montan-MitbestG kent onder bepaalde omstandigheden de werknemers van concernvennootschappen (afhankelijke maatschappijen) een actief en passief stemrecht toe bij de samenstelling van de *Aufsichtsrat* van de moeder die onder het toepassingsbereik valt (§ 1 Abs. 4).²¹³ Daarnaast regelt het Mitbestimmungsergänzungsgesetz (MitbestErgG)²¹⁴ de positie van de afhankelijke maatschappij die aan het Montan-MitbestG is onderworpen, terwijl dat niet voor de moedervennootschap geldt.²¹⁵ De zeggenschap uitoefende vennootschap – die dus niet aan de criteria van het Montan-MitbestG voldoet – is aan het MitbestErgG onderworpen indien haar concernvennootschappen gezamenlijk 20% van de groepsomzet halen uit de activiteiten in de mijn-, kool- en staalindustrie (*Montanquota*) of indien 1/5 deel van het totale aantal werknemers van het concern in deze industrie werkzaam is.²¹⁶ De inhoud van het MitbestErgG komt in grote lijnen overeen met het Montan-MitbestG. Het MitbestErgG is momenteel zonder betekenis, nu geen enkel concern aan de voorwaarden voldoet.²¹⁷

213 Voorwaarde is dat bij de zeggenschap uitoefende vennootschap een concernondernemingsraad is ingesteld. De werknemers werkzaam bij concernondernemingen tellen niet mee voor de drempelvoorwaarde van 1.000 werknemers waarboven het Montan-MitbestG in werking treedt.

214 Om het toepassingsbereik van het MitbestErgG zeker te stellen is de wet een aantal keren gewijzigd. Dit is gebeurd met het Gesetz zur Änderung des Montan-Mitbestimmungsgesetzes und des Mitbestimmungs-Ergänzungsgesetzes in 1981 en het Gesetz zur Sicherung der Montanmitbestimmung in 1988.

215 Indien de zeggenschap uitoefende vennootschap (lees: de moedervennootschap) valt onder het Montan-MitbestG gaat deze wet voor en vindt het MitbestErgG geen toepassing (§ 2 MitbestErgG).

216 Oorspronkelijk was de eis dat minimaal 2.000 werknemers van het concern werkzaam moesten zijn binnen de mijn-, kool- en staalindustrie. Het Bundesverfassungsgericht oordeelde in december 1999 dat deze eis in strijd was met het gelijkheidsbeginsel van Art. 3 paragraaf 1 Grundgesetz (BvL 2/91). Reden was dat de connexiteit van het concern met de mijn-, kool- en staalindustrie niet kon worden vastgesteld aan de hand van een absoluut aantal, maar enkel door het aantal te vergelijken met het totale aantal werknemers van het concern. Met inwerkingtreding van het Zweites Gesetz zur Vereinfachung der Wahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat in 2004 is de eis van 2.000 werknemers gewijzigd in 1/5 deel van de werknemers in dienst van het concern.

217 Oetker (2011), p. 2316 (§ 1, Rn. 21).

4.3.6.2 *DrittelbG en MitbestG*

De medezeggenschap in een vennootschap wordt onder strikte voorwaarden uitgebreid tot andere concernvennootschappen (§ 2 DrittelbG respectievelijk § 5 MitbestG). De moedervennootschap moet vallen onder het toepassingsbereik van het DrittelbG dan wel het MitbestG en er moet sprake zijn van een concern in de zin van § 18 Abs. 1 AktG. Deze bepaling definieert een concern op de volgende wijze: *‘Sind ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefasst, so bilden sie einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen. Unternehmen, zwischen denen ein Beherrschungsvertrag (§ 219) besteht oder von denen das eine in das andere eingegliedert ist (§ 319), sind als unter einheitlicher Leitung zusammengefasst anzusehen. Von einem abhängigen Unternehmen wird vermutet, dass es mit dem herrschenden Unternehmen einen Konzern bildet.’*

De verwijzing naar § 18 AktG geeft aan op welke wijze het concernbegrip in het DrittelbG en het MitbestG moet worden uitgelegd. Het betekent niet dat de afhankelijke maatschappij een AG moet zijn om te kunnen spreken van een concern.²¹⁸ Het kan gaan om een AG, een GmbH, een coöperatie of – naar het mij lijkt – een in Duitsland gevestigde SE.

Voor de kwalificatie als concern is een centrale leiding vereist. Potentiële zeggenschap is niet voldoende. In een aantal gevallen wordt een concern vermoed. Dit geldt indien twee ondernemingen een *Beherrschungsvertrag*²¹⁹ hebben gesloten of in elkaar zijn opgegaan (*eingegliedert*). Het gaat dan om een zogenoemd verdragsconcern. Dit vermoeden is onweerlegbaar. Er bestaat een weerlegbaar vermoeden in het geval van een afhankelijkheidsverhouding tussen twee vennootschappen. Dit noemt men een feitelijk concern. Van een afhankelijkheidsrelatie wordt gesproken indien een vennootschap beschikt over de mogelijkheid de macht in een andere vennootschap uit te oefenen, bijvoorbeeld door het bezit van een meerderheidsdeelneming (§ 17 AktG). Dit criterium vertoont overeenkomsten met het binnen het Nederlandse recht geldende art. 2:24a BW. De Duitse wetgever gaat ervan uit dat de moedervennootschap haar macht in de regel daadwerkelijk uitoefent. Het is aan de moedervennootschap te stellen en te bewijzen dat van een centrale leiding – en derhalve een concern in de zin van § 18 AktG – geen sprake is.

218 Het AktG is van toepassing op AG's en is als zodanig niet direct toe te passen op een GmbH of een andere rechtsvorm die als afhankelijke onderneming optreedt. Uit de verwijzing naar het AktG zou men daarom ten onrechte kunnen afleiden dat voor toepassing van het MitbestG en het DrittelbG de afhankelijke maatschappij een AG moet zijn. Vgl. Raiser & Veil (2009), p. 131 (§ 5, Rn. 8) en p. 577 (§ 2, Rn. 15).

219 Een *Beherrschungsvertrag* is een vennootschapsrechtelijke overeenkomst waarin is opgenomen dat een onderneming haar leiding plaatst onder het bestuur van een andere onderneming.

Indien aan de voorwaarden van § 18 AktG is voldaan, worden de werknemers van de afhankelijke maatschappij betrokken bij de medezeggenschap in de moeder-vennootschap.²²⁰ De wijze waarop verschilt naar gelang het gaat om het DrittelbG of het MitbestG. Een eerste verschil betreft het toerekenen van de werknemers van afhankelijke maatschappijen aan de moeder-vennootschap. Op grond van het MitbestG zijn de werknemers van afhankelijke maatschappijen in alle concernvormen (feitelijk en verdragsconcern) bepalend voor de drempelvoorwaarde waarboven de moeder-vennootschap tot medezeggenschap is verplicht. Het DrittelbG daarentegen maakt een onderscheid tussen een verdrags- en een feitelijk concern. Slechts de werknemers van afhankelijke maatschappijen in een verdragsconcern tellen bij de moeder-vennootschap mee voor de drempelvoorwaarde van 500 werknemers (§ 2 Abs. 2 DrittelbG). In de literatuur is wel gesteld dat het onderscheid berust op een vergissing van de Duitse wetgever.²²¹ Desondanks is de meerderheidsopvatting dat de regel duidelijk is en een andere – ruimere – uitleg niet voor de hand ligt. Het onderscheid is overigens louter relevant voor de drempelvoorwaarde. Indien de moeder-vennootschap van een feitelijk concern (zelfstandig) voldoet aan de drempelvoorwaarde van het DrittelbG, hebben de werknemers van de afhankelijke maatschappijen een actief en passief kiesrecht met betrekking tot de samenstelling van de *Aufsichtsrat* in de moeder-vennootschap.

Een afhankelijke maatschappij kan ook zelfstandig voldoen aan de criteria van het DrittelbG of het MitbestG. Beide wetten kennen geen vrijstelling voor een afhankelijke maatschappij die aan concernmedezeggenschap is onderworpen. De Duitse literatuur leidt uit het zwijgen van de wetgever af dat de voorwaarden op normale wijze van toepassing zijn.²²² Een afhankelijke maatschappij die zelfstandig aan de criteria van het DrittelbG of MitbestG voldoet, is daarom gehouden in de eigen vennootschap medezeggenschap in te voeren. Werknemers van een afhankelijke maatschappij kunnen dus tweemaal recht hebben op medezeggenschap: bij hun eigen vennootschap én bij de moeder-vennootschap. Dit lijkt mij niet anders indien de afhankelijke maatschappij op basis van het MgVG aan een grensoverschrijdend medezeggenschapssysteem is onderworpen.

Medezeggenschap bij zowel de moeder als de dochter kent het gevaar van *überparität* aan werknemerszijde in de situatie dat het MitbestG op de moeder-vennootschap van toepassing is.²²³ Dit werkt als volgt. De bevoegdheden van de moeder als aandeelhouder in een afhankelijke maatschappij worden uitgeoefend door het bestuur van de moeder. Daar de *Aufsichtsrat* van de moeder (waarvan de

220 Dit geldt voor de werknemers van dochter-, maar ook van kleindochtervennootschappen mits aan de voorwaarden van een afhankelijke maatschappij is voldaan. Zie over dit onderwerp nader Oetker (2011), p. 2275 (§ 5, Rn. 8).

221 Raiser & Veil (2009), p. 576 (§ 2, Rn. 13).

222 Raiser & Veil (2009), p. 128 (§ 5, Rn. 1).

223 Begründung zum RegEntwurf eines Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer, BT-Drucksache 7/2172, p. 28-29.

helft van de leden werknemersvertegenwoordigers betreft) het bestuur van de moeder benoemt en dit bestuur vervolgens (mede) de kapitaalvertegenwoordigers in de *Aufsichtsrat* van de dochter kiest, bestaat het risico dat het mede door werknemers benoemde bestuur ‘werknemersvriendelijke’ aandeelhoudersleden in de *Aufsichtsrat* van de dochter aanstelt.²²⁴ Om dit te voorkomen, bepaalt § 32 MitbestG dat de benoeming van de kapitaalvertegenwoordigers in de *Aufsichtsrat* van de dochter de goedkeuring behoeft van de helft van de kapitaalvertegenwoordigers van de *Aufsichtsrat* van de moeder. Hetzelfde geldt voor bepaalde fundamentele besluiten die het bestuur van de moeder in haar hoedanigheid als aandeelhouder in de dochter neemt. Deze bepaling geldt voor zover de moeder-vennootschap een deelneming in een andere maatschappij heeft van ten minste 25%. De regeling van § 32 MitbestG is niet zonder kritiek. Belangrijkste kritiekpunt is dat de bepaling zonder deugdelijke grond ingaat tegen de vennootschappelijke benadering op grond waarvan de *Aufsichtsrat* geen bevoegdheden heeft met betrekking tot het bestuur van de vennootschap. Men wijst er daarnaast op dat de gevreesde *überparität* minder aannemelijk is dan dat de wetgever doet voorkomen.²²⁵ De kapitaalvertegenwoordigers van de moeder-vennootschap hebben met de tweede stem van de voorzitter altijd het laatste woord in de *Aufsichtsrat*. Dit laatste argument gaat niet op voor de soortgelijke regeling in het MitbestErgG, nu aan deze wet een daadwerkelijke pariteit tussen aandeelhouders- en werknemersvertegenwoordigers ten grondslag ligt.

Tot slot kent het MitbestG een bijzondere regeling voor de situatie dat de moeder-vennootschap *niet* maar de afhankelijke maatschappij *wel* onder het MitbestG valt. Dit doet zich bijvoorbeeld voor indien de moeder-vennootschap in het buitenland is gevestigd.²²⁶ Op grond van § 5 Abs. 3 MitbestG komt de concernmedezeggenschap binnen een *Teilkonzern*²²⁷ toe aan de vennootschap op het eerst volgende niveau die wel onder het MitbestG valt.²²⁸ Deze laatste vennootschap

224 Raiser & Veil (2009), p. 498 (§ 32, Rn. 1).

225 Ulmer & Habersack (2013), p. 602-603 (§ 32, Rn. 4). Zie over dit onderwerp uitgebreid Weiss (2004), p. 590-607.

226 Dit volgt niet letterlijk uit de tekst van § 5 Abs. 3 MitbestG die slechts over andere ondernemingen spreekt, maar kan worden afgeleid uit de parlementaire stukken. Zie Begründung zum RegEntwurf eines Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer, BT-Drucksache 7/2172, p. 21. Een ander voorbeeld is de situatie dat de zeggenschap uitoefende vennootschap aan de bescherming van § 1 Abs. 4 MitbestG onderhevig is. Anders is het indien de zeggenschap uitoefende vennootschap is onderworpen aan het Montan-MitbestG of het MitbestErgG. In dat geval zijn die betreffende wetten van toepassing en bestaat voor § 5 Abs. 3 MitbestG geen ruimte.

227 Dit betreft een concern dat uit minstens drie niveaus bestaat (moeder, dochter en kleindochter).

228 Het is ook mogelijk dat een Duitse dochter-vennootschap de uniforme leiding heeft over een andere vennootschap in de zin van § 18 Abs. 1 AktG (concern binnen concern) en op die grond gehouden is concernmedezeggenschap in te voeren. In de rechtspraak wordt doorgaans niet snel aangenomen dat sprake is van een concern binnen een concern, aangezien de dochter-vennootschap als afhankelijke maatschappij slechts een van de moeder-vennootschap afgeleide leiding uitoefent. Voor een nadere uiteenzetting van deze problematiek wordt verwezen naar Redeke (2008) en naar Seibt (2012), p. 1967 (§ 2, Rn. 7).

(feitelijk dus een dochtervennootschap) wordt voor de toepassing van het MitbestG als de moedervennootschap beschouwd. Irrelevant is of deze vennootschap daadwerkelijk invloed kan uitoefenen op de ander(e) vennootschap(pen) in het concern. Een soortgelijke bepaling is in het DrittelbG niet terug te vinden. Omstreden is de vraag of § 5 Abs. 3 MitbestG ook geldt indien de moedervennootschap onderworpen is aan het MgVG. Strikt genomen zou het antwoord bevestigend moeten luiden, omdat het MitbestG niet op de zeggenschap uitoefende vennootschap van toepassing is en het MitbestG niet bepaalt dat het MgVG voorgaat. Nikoleyyczik & Führ hebben tegen deze uitleg ingebracht dat de toepassing leidt tot een ongerechtvaardigde verdubbeling van medezeggenschap.²²⁹ De auteurs wijzen erop dat de werknemers van de betrokken dochtervennootschappen op grond van het MgVG reeds bij de uitoefening van de medezeggenschap in de moedervennootschap betrokken zijn. Dit geldt echter niet voor dochtervennootschappen die eerst na de fusie deel van het concern gaan uitmaken. Deze situatie blijft onbesproken in de literatuur.

4.3.7 De positie van buitenlandse werknemers

In tegenstelling tot het Nederlandse recht maakt het voor de toepassing van de medezeggenschap niet uit of en zo ja, hoeveel werknemers binnen een concern en/of een vennootschap in het buitenland werkzaam zijn. De toepassing van de medezeggenschapswetgeving wordt gebaseerd aan de hand van het gedeelte van de Duitse vennootschap of het concern dat zich binnen de Duitse landsgrenzen bevindt. Buitenlandse werknemers tellen niet mee voor de drempelwaarde. Wat de invloed van buitenlandse werknemers betreft, stemt het Duitse recht met het Nederlandse recht overeen. Ook in Duitsland worden de werknemers in dienst van buitenlandse dochtervennootschappen en vestigingen voor de toepassing van de medezeggenschapsregels niet als werknemers beschouwd. Zij hebben actief noch passief kiesrecht. De uitsluiting was de uitdrukkelijke wil van de Duitse wetgever²³⁰ en wordt in de literatuur gerechtvaardigd met verwijzing naar het territorialiteitsbeginsel.²³¹ Vanuit verschillende hoeken klinken evenwel geluiden dat een dergelijke uitsluiting niet meer van deze tijd is. Een in 2006 door de regering ingestelde commissie inzake de modernisering van het medezeggenschapsrecht bestempelde het feit dat de werknemersvertegenwoordigers in de *Aufsichtsrat* niet mede door buitenlandse werknemers worden gekozen als een legitimiteitsprobleem. Een groep van zeven onafhankelijke hoogleraren bepleitte in 2009 hetzelfde.²³²

229 Nikoleyyczik & Führ (2010), p. 1748. Een soortgelijke redenering geldt voor een SE met zetel in Duitsland.

230 Bericht der Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung, BT-Drucksache 7/4845, p. 4. Zie ook: Wißmann (2009), p. 1262 (§ 279, Rn. 8).

231 Zie o.a. Oetker (2011), p. 1822 (Einführung, Rn. 3); Raiser & Veil (2009), p. 64 (§ 1, Rn. 20).

232 Bachmann, Baums & Habersack e.a. (2009), p. 885-886.

4.3.8 Discussie en ontwikkelingen

Duitsland kent inmiddels ruim vijftig jaar vennootschappelijke medezeggenschap. Vanaf het eerste moment heeft het onderwerp pennen in beweging gebracht. De discussie richtte zich in eerste instantie op het MitbestG en de samenstelling van de *Aufsichtsrat*. Al snel na de inwerkingtreding van het MitbestG werd gesteld dat het pariteitsmodel in strijd zou zijn met het Grundgesetz (GG), meer specifiek het recht van eigendom zoals neergelegd in Art. 14 GG. In 1979 oordeelde het *Bundesverfassungsgericht* (BVG) dat van strijd geen sprake was.²³³ De belangrijkste reden was dat het MitbestG door de tweede stem van de voorzitter geen meerderheid aan de werknemers toekent. De *Aufsichtsrat* kan zodoende bij eenstemmigheid aan de zijde van het deel dat het kapitaal vertegenwoordigt geen besluiten nemen tegen de wil van de aandeelhouders. Over het Montan-MitbestG heeft het BVG zich nog niet uitgelaten. Anders dan bij het MitbestG is in het Montan-MitbestG het elfde lid neutraal. Dit maakt een besluit tegen de wil van de aandeelhouders mogelijk. Het BVG beschouwde in 1999 het verschil tussen beide wetten niet aanzienlijk.²³⁴ Het is daarom de verwachting dat ook het Montan-MitbestG niet in strijd zal zijn met Art. 14 GG.²³⁵

Ook na 1979 bleef het MitbestG ter discussie staan. Vragen zijn gesteld over nut en noodzaak, maar ook over de houdbaarheid van het systeem gezien de almaar toenemende globalisering.²³⁶ De idee heerst dat het Duitse medezeggenschapsrecht – en dan met name het MitbestG – buitenlandse vennootschappen remt zich in Duitsland te vestigen en Duitse vennootschappen ertoe brengt naar het buitenland te vertrekken. De Europese ontwikkelingen op het terrein van de vrijheid van vestiging spelen in de discussie een essentiële rol.

Reeds meerdere keren zijn veranderingen in het medezeggenschapssysteem voorgesteld. Een door de *Bertelsmann Stiftung* en de *Hans Böckler Stiftung* in het leven geroepen commissie concludeerde in 1998 dat de medezeggenschap had bijgedragen aan een coöperatieve cultuur binnen ondernemingen, maar op een aantal punten verbetering behoeft.²³⁷ De verbeteringen hadden betrekking op de kiesprocedure, de grootte van de *Aufsichtsrat* en de vertegenwoordiging van buitenlandse werknemers. Ook de *Kommission Mitbestimmung* uit 2004 was voor behoud van medezeggenschap, maar achtte modernisering noodzakelijk om dit wereldwijd unieke (en geïsoleerde) systeem aan de internationale ontwikkelingen aan te

233 BVerfG 1 maart 1979, *NJW* 1979, 699.

234 BVerfG 2 maart 1999, *ZIP* 1999, 410

235 Oetker (2008), p. 23-24 (Vorbem, Rn. 38).

236 Raiser & Veil (2009), p. 45 (Einl, Rn. 76).

237 Bericht der Kommission Mitbestimmung, Mitbestimmung und neue Unternehmenskulturen, Bilanz und Perspektiven, Güterloh: Bertelsmann Stiftung 1998.

passen.²³⁸ De oplossing werd gevonden in een medezeggenschapsmodel dat uitging van onderhandelingen.

Ook op regeringsniveau kreeg het onderwerp aandacht. Het meest recente regeringsinitiatief stamt uit 2005. De toenmalige Bondskanselier Schröder stelde een medezeggenschapscommissie in genaamd de *Kommission zur modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung*. Deze commissie stond onder leiding van oud-president Biedenkopf en bestond uit drie leden van werkgeverszijde, drie leden van werknemerszijde, de gewezen president van het *Bundesarbeitsgericht* en het hoofd van het Max Planck-Instituut voor vennootschapsrecht. De commissie had tot doel een concept te ontwikkelen voor een vernieuwd en modern medezeggenschapsrecht. Na de verkiezingen erkende ook de regering onder Bondskanselier Merkel de noodzaak tot modernisering en handhaafde de opdracht. In 2006 presenteerde de commissie haar rapport.²³⁹ Het resultaat was teleurstellend. De commissie bleek niet in staat een eenduidig advies te geven. De drie neutrale leden stelden maatregelen voor op het punt van flexibilisering, globalisering en het toepassingsbereik. De leden aan werkgevers- en werknemerszijde namen een eigen stellingname in. Het voorstel van werkgeverszijde maakte onderhandelingen over de medezeggenschap mogelijk waarbij de vorm uit het DrittelbG als vangnet fungeerde. Daarnaast moesten buitenlandse werknemers een stem krijgen in de *Aufsichtsrat* en moest medezeggenschap in een monistische bestuursstructuur mogelijk worden. Hoewel ook de leden van werknemerszijde open stonden voor een onderhandelingsmodel, weigerden zij te tornen aan het pariteitsmodel van het MitbestG. De leden waren bovendien tegen een vertegenwoordiging van buitenlandse werknemers zonder instemming van de vakbonden.

Het ontbreken van consensus had tot gevolg dat het onderwerp medezeggenschap van de politieke agenda verdween. Dat neemt niet weg dat de druk die de Europese ontwikkelingen heeft op het medezeggenschapsrecht blijft bestaan en in de toekomst slechts zal toenemen. Dit werd onderkend door zeven onafhankelijke hoogleraren. Deze *Arbeitskreis* stelde in 2009 een ontwerpwet op tot verbetering van de medezeggenschap.²⁴⁰ De belangrijkste aanpassingen betroffen (i) de mogelijkheid in een AG bij overeenkomst medezeggenschap vast te stellen en (ii) het betrekken van buitenlandse werknemers bij de medezeggenschap. Of dit voorstel daadwerkelijk tot een aanpassing zal leiden, is de vraag. Tot op heden heeft de regering aan het voorstel geen vervolg gegeven.

238 Kommission Mitbestimmung, Zur aktuellen Kritik der Mitbestimmung im Aufsichtsrat, Hans Böckler Stiftung 2004. De commissie werd op initiatief van de werkgeversorganisatie BDA en BDI ingericht.

239 Kommission zur Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung, Bericht der Wissenschaftlichen Mitglieder der Kommission mit Stellungnahme der Vertreter der Unternehmen und der Vertreter der Arbeitnehmer, 2006.

240 Bachmann, Baums & Habersack e.a. (2009), p. 886-899.

4.4 België

4.4.1 Vennootschappelijke medezeggenschap in historisch perspectief

De idee om werknemers bij de sociaaleconomische verhoudingen te betrekken, heeft ook in België een plaats verworven. De ontwikkeling werd ingezet aan het einde van de negentiende en het begin van de twintigste eeuw en concentreerde zich op de invloed van werknemers op ondernemingsniveau. Ook in België bestaat van oudsher aandacht voor de scheiding tussen eigendom en bestuur, alsmede de controlemechanismen in met name grote vennootschappen. Anders dan in Nederland en Duitsland heeft dit niet geleid tot werknemersinvloed op de samenstelling van de organen op vennootschapsniveau. Een belangrijke reden is dat de werknemersorganisaties na de Tweede Wereldoorlog een totaal verschillende visie hadden op de wijze waarop het overleg in de onderneming moest worden ingericht.²⁴¹ De Socialistische Vakbond ABVV wilde een orgaan dat eisen kon stellen, terwijl het Christelijk Vakverbond ACV pleitte voor harmonie en een orgaan van samenwerking wenste. Een compromis bleek niet mogelijk. Hierdoor werd zowel een vakbondsvertegenwoordiging voor het strijdsyndicalisme als een ondernemingsraad voor de samenwerking ingevoerd. Als een gevolg van deze verdeeldheid kreeg het model van medebeheer op vennootschapsniveau geen kans.²⁴²

Eind jaren zeventig van de vorige eeuw leek het tij gekeerd. De vakbonden lieten zich positief uit over een bepaalde vorm van vennootschappelijke medezeggenschap.²⁴³ De Liberale Vakbond ACLVB opteerde voor een ondernemingscomité dat de directie zou kiezen en controleren en dat paritair zou zijn samengesteld uit vertegenwoordigers van werknemers- en kapitaalzijde.²⁴⁴ Het Algemeen Christelijke Vakverbond ACV stelde voorstander te zijn van de invoering van een paritair samengesteld comité dat toestemming zou moeten verlenen voor de 'levensmomenten van de onderneming'.²⁴⁵ Alleen de Socialistische Vakbond ABVV verzette zich tegen een directe deelneming van werknemers op vennootschapsniveau. Die opstelling werd ingegeven door '*de bezorgdheid om het behoud van de volledige*

241 Humblet (1994), p. 200.

242 Heirbaut (2009), p. 33.

243 In 1984 publiceerde de Commissie voor de Ondernemingsraden van de Nationale Arbeidsraad een onderzoek naar de werking en de noodzaak tot reorganisatie van de Bedrijfsorganisatie- en Veiligheidswet. Hierin werd onder meer het standpunt van de sociale partners ten aanzien van het concept medebeheer vermeld. Zie NAR (1984), p. 1-185. Het rapport is niet openbaar, maar voor wetenschappelijke doeleinden in te zien bij de Nationale Arbeidsraad te Brussel.

244 Slomp & Van Mierlo (1984), p. 104; NAR (1984), p. 77-78.

245 NAR (1984), p. 61. Het ACV toonde zich reeds halverwege de jaren zestig voorstander van een dergelijke vorm van medebeheer. Dit blijkt uit het voorstel tot hervorming van de onderneming d.d. 4 november 1967 van het Algemeen Christelijk Werkgeversverbond waarvan het Vakverbond ACV toentertijd deel uitmaakte. Het voorstel en het daarbij behorende verslag zijn als bijlage opgenomen in Declercq (1969), p. 248-283.

vakbondsautonomie van de werknemersvertegenwoordigers'.²⁴⁶ De angst bestond dat de vakbonden hun autonomie zouden verliezen indien zij medeverantwoordelijk konden worden gesteld voor het beleid van de vennootschap. In deze periode werd eveneens in de politiek een aantal initiatieven ontplooid. Het wetsvoorstel Hanin van begin jaren tachtig had betrekking op de inrichting van een raad van toezicht waarin onder meer werknemers zitting zouden krijgen.²⁴⁷ De raad van toezicht zou toezicht houden op belangrijke beleidsbeslissingen van het bestuur en zou de bevoegdheid krijgen de leden van het bestuur te benoemen. Andere initiatieven in de politiek gingen van een soortgelijke hervorming van het vennootschapsrecht uit.²⁴⁸

Het ontbrak de initiatieven aan voldoende steun om tot wet te worden verheven. Hoewel hiervoor geen harde bewijzen voorhanden zijn, is aannemelijk dat de negatieve houding van het Belgische bedrijfsleven – meer specifiek de Société Générale – ten opzichte van medezeggenschap een rol van betekenis heeft gespeeld. De Société Générale domineerde vanaf haar oprichting in 1822 tot haar overname in 1988 het Belgische economische leven en onderhield nauwe banden met de politiek. De Société Générale controleerde het Belgische bedrijfsleven via zogenoemde watervalstructuren. Dit hield in dat de Société Générale als holding via dochtermaatschappijen in de industrie participeerde. Doordat het aandelenbezit van de (dochter) maatschappijen over een groot publiek was verspreid, verkreeg de holding zonder over een meerderheid van de aandelen te beschikken de controle over de ondernemingen. Medezeggenschap zou de invloed van de Société Générale op het Belgische bedrijfsleven hebben ingeperkt. Het verlies aan invloed aan kapitaalzijde was ook het argument waarmee het Verbond van Belgische ondernemingen VBO zich keerde tegen de vertegenwoordiging van werknemers in een raad van toezicht.²⁴⁹ Tot slot zal hebben meegespeeld dat de verschillende vakbonden zich niet unaniem achter één concept wisten te scharen.

Een andere reden voor het ontbreken van vennootschappelijke medezeggenschap is dat in België klassiek veel aandacht bestond voor de verhouding tussen het

246 NAR (1984), p. 76. De ABVV stelde zich wel positief op ten aanzien van een uitbreiding van de bevoegdheden van de ondernemingsraad op het gebied van sociale materies. De uitbreiding die werd voorgesteld, valt te vergelijken met de art. 25 WOR-bevoegdheden van de Nederlandse ondernemingsraad.

247 *Gedr. St.*, Senaat 1980/81 van 31 maart 1981, nr. 633/1. Het wetsvoorstel had betrekking op naamloze vennootschappen met ten minste 1.000 werknemers in dienst.

248 *Gedr. St.*, Kamer 1980/81 van 28 april 1980, nr. 829/1, p. 4.

249 Deze stelling werd ingenomen in een advies van de Centrale Raad van het Bedrijfsleven en de Nationale Arbeidsraad over de problemen in verband met de vertegenwoordiging van de werknemers in het raam van een Europese vennootschap, NAR & CRB (1976), p. 28. Een rapport van een paar jaar later (NAR (1984)) geeft overigens blijk van een meer open houding. Op p. 82 wordt door de gewezen voorzitter van de VBO gesteld 'dat er geen enkele reden was om de inspraak van de werknemers in de statutaire organen van de onderneming niet in aanmerking te nemen, rekening houdend met de grote inbreng van werknemers'. Hoe beide standpunten zich tot elkaar verhouden, is niet duidelijk.

bestuur en de aandeelhouders in het licht van een maximalisatie van de aandeelhouderswaarde.²⁵⁰ Onder het principe van *corporate governance* wordt in België louter de bescherming van de minderheidsaandeelhouders ten opzichte van de controlerende aandeelhouders verstaan. Deze benadering is het laatste decennium aan steeds meer kritiek onderhevig. Er lijkt een voorzichtige ontwikkeling zichtbaar tot een verruiming van het debat tot andere actoren.²⁵¹ In die visie wordt het concept *corporate governance* meer bekeken vanuit een maatschappelijke visie, waarbinnen ook voor relaties met derden – zoals de werknemers – aandacht is. De verschuiving is te verklaren vanuit een paar bedrijfseconomische schandalen die in een verslechterende economie aan het licht kwamen en die de aandacht vestigden op de maatschappelijke relevantie van ondernemingen. Ook het feit dat in Nederland en Duitsland de werknemerinspraak vennootschappelijk is geregeld en daarmee ruimte biedt voor een afweging van de belangen van de diverse bij de onderneming betrokken partijen, speelt een rol.²⁵² In de jaren negentig zagen sommige auteurs de invoering van een op Nederlandse of Duitse leest geschoeide dualistische bestuursstructuur als interessant verankeringsinstrument voor grote NV's.²⁵³

De bovengenoemde ontwikkeling mondde uit in de opdracht van de wetgever aan de Commissie De Grauwe in 2000. De commissie werd verzocht de pijnpunten inzake het bestuur van vennootschappen (hoofdzakelijk NV's) te onderzoeken en te adviseren over mogelijke oplossingen. Eén van de onderzoekspunten was het vinden van 'een nieuw evenwicht van de onderneming met zijn ruime omgeving, inclusief de stakeholders'.²⁵⁴ De Commissie De Grauwe kwam op 20 maart 2000 met haar rapport. Een belangrijke aanbeveling was de instelling van een onafhankelijke bestuurder bij beursgenoteerde vennootschappen. Deze aanbeveling is door de wetgever overgenomen en met de Wet corporate governance uit 2002 in het Wetboek van Vennootschappen verankerd.²⁵⁵ De onafhankelijke bestuurder dient onafhankelijk te zijn in de ruime zin van het woord en niet slechts te handelen – zoals voorheen voor het gehele bestuur gold – in het belang van de aandeelhouders. Opmerkelijk is dat de onafhankelijkheidsstatus niet in de benoemingsprocedure tot uiting komt. De algemene vergadering behoudt het recht tot benoeming. Aan de andere *stakeholders*, waaronder de werknemers, komt geen noemenswaardige rol toe.

250 Geens, Hellemans, Haelterman & Bvernage (1995), p. 37.

251 Peeters (2002), p. 15-16.

252 François & Delvoie (2004), p. 42.

253 Geens, Hellemans, Haelterman & Bvernage (1995), p. 29-42. Het criterium om uit te maken wat al of niet een 'grote' NV betrof, bleef in het ongewisse.

254 Commissie De Grauwe (2000), p. 2.

255 Wet van 2 augustus 2002 houdende wijziging van het Wetboek van vennootschappen en van de wet op de openbaarmaking van belangrijke deelnemingen in ter beurze genoteerde vennootschappen en tot reglementering van de openbare overnamebiedingen, B.S. 22 augustus 2002.

Voor de volledigheid wordt vermeld dat in België de financiële participatie van werknemers een belangrijk aspect betreft. De Belgische wetgeving biedt werkgevers methodes om hun werknemers tegen voordelige tarieven in de winst van de onderneming te laten delen. Dat kan via een aandelenoptieplan,²⁵⁶ maar ook via het gratis geven van aandelen en het rechtstreeks toekennen van een deel van de winst van het boekjaar aan werknemers.²⁵⁷ De financiële participatie wordt beschouwd als resultaat van het regeringsstreven naar een grotere betrokkenheid en verantwoordelijkheid van werknemers in hun bedrijf. De invloed die werknemers uitoefenen via het kapitaal blijft verder buiten beschouwing.

4.4.2 De bestuursstructuur: monistisch of toch dualistisch?

De bestuursstructuur van Belgische vennootschappen is neergelegd in het Wetboek van Vennootschappen (W.Venn.). Het Belgische vennootschapsrecht kent de volgende kapitaalvennootschappen: de naamloze vennootschap (NV), de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (BVBA) en de commanditaire vennootschap op aandelen (Comm. VA). Op een aantal algemene bepalingen na volgt de bestuursstructuur van de vennootschappen uit verschillende boeken van het W. Venn. Ten behoeve van de overzichtelijkheid ga ik hierna afzonderlijk in op de bestuursstructuur van de NV en de BVBA, waarbij speciale aandacht toekomt aan de functie van de commissaris. De Comm. VA blijft vanwege haar geringe betekenis buiten beschouwing.²⁵⁸

Privaatrechtelijke vennootschappen waarin de overheid een dominerende invloed heeft, zijn eveneens aan het reguliere vennootschapsrecht onderhevig.²⁵⁹ Daarnaast kent het Belgische recht zogenaamde NV's van publiek recht. Dit zijn publiekrechtelijke rechtspersonen waarop de vennootschappelijke regels met betrekking tot NV's van overeenkomstige toepassing zijn verklaard, mits daarvan niet is afgeweken in de organieke wet of de statuten.²⁶⁰ Er bestaan verschillende soorten NV's van publiek recht die op hun eigen wijze afwijken van het reguliere vennootschapsrecht op het terrein van structuur, organisatie en oprichting. Dit maakt het

256 Wet van 26 maart 1999 betreffende het Belgische actieplan voor de werkgelegenheid 1998 en houdende diverse bepalingen, *B.S.* 1 april 1999.

257 Wet van 22 mei 2001 betreffende de werknemersparticipatie in het kapitaal en in de winst van de vennootschappen, *B.S.* 9 juni 2001.

258 De commanditaire vennootschap op aandelen is een vennootschap die wordt aangegaan tussen één of meer hoofdelijk aansprakelijke vennoten (beherende vennoten) en één of meer vennoten die zich slechts tot een bepaalde inbreng verbinden (stille vennoten). Een groot nadeel van deze vennootschapsvorm is de onbeperkte aansprakelijkheid van alle beherende vennoten. Ingevolge art. 657 W. Venn. zijn alle bepalingen van de NV op de Comm. VA van overeenkomstige toepassing, tenzij anders is bepaald.

259 Baeten & François (2000), p. 37.

260 Door de creatie van het statuut van de naamloze vennootschap van publiek recht worden bedrijven in staat gesteld hun activiteiten op concurrerende wijze uit te oefenen en de voorwaarden te verbeteren waaronder zij hun taken van openbare dienst uitoefenen.

onmogelijk van de NV's van publiek recht een compleet overzicht te geven.²⁶¹ Noemenswaardig is dat binnen de vervoersbedrijven De Lijn en MIVB – beide NV's van publiek recht – enige vorm van vennootschappelijke medezeggenschap bestaat. Het oprichtingsdecreet van De Lijn bepaalt dat twee van de elf bestuurders worden benoemd op voordracht van de representatieve organisaties van werknemers zoals vertegenwoordigd in de Sociaal Economische Raad van Vlaanderen.²⁶² In het vervoersbedrijf MIVB worden drie van de twintig bestuurders door werknemers benoemd op voordracht van de vakbonden die het meest representatief zijn voor het personeel.²⁶³ Deze drie bestuurders nemen met raadgevende stem deel aan de vergaderingen van het bestuur.

Naamloze vennootschap

De NV wordt bestuurd door een raad van bestuur die is samengesteld uit ten minste drie natuurlijke of rechtspersonen.²⁶⁴ De raad van bestuur is bevoegd ten aanzien van alle aangelegenheden die de vennootschap aangaan, tenzij deze bevoegdheid bij de statuten is beperkt. Art. 19 W.Venn. stelt voorop dat de raad van bestuur handelt in het belang van de vennootschap. In de literatuur bestaan uiteenlopende meningen over de vraag aan welke juridische maatstaf goed bestuur moet worden afgemeten. Gaat het om het enkele belang van de collectiviteit van aandeelhouders (winstbelang) of om een ruimere groepering van belangen, met inbegrip van werknemersbelangen? De meerderheid van de auteurs gaat van de eerste opvatting uit.²⁶⁵

De raad van bestuur is – als collegiaal orgaan – belast met het bestuur van de vennootschap. Ten behoeve van een snelle en efficiënte besluitvorming is het mogelijk het effectieve bestuur aan één of meer personen te delegeren. Op grond van art. 525 W.Venn. kan een orgaan van dagelijks bestuur worden ingesteld. De bestuurders die hierin zitting hebben, worden gedelegeerde bestuurders genoemd.

261 Zo zijn er de rechtspersonen die door de wetgever uitdrukkelijk in het oprichtingsdecreet als NV van publiek recht worden aangeduid. Ook bestaan tal van publiekrechtelijke rechtspersonen die in de vorm van een NV zijn opgericht zonder dat zij als NV van publiek recht zijn betiteld. Daarnaast zijn er publiekrechtelijke rechtspersonen die niet als dusdanig de NV-vorm hebben aangenomen, maar waarop een aantal bepalingen van het vennootschapsrecht met betrekking tot de NV van overeenkomstige toepassing zijn verklaard. Voor een nadere uiteenzetting van de verschillende vormen wordt verwezen naar Cornelis, De Keyser, D'Hooghe & Vandendriessche (2000), p. 65-125.

262 De Lijn is opgericht bij Decreet Vlaamse Raad van 31 juli 1990 betreffende het publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap Vlaams Vervoermaatschappij - De Lijn, zoals laatstelijk gewijzigd bij het decreet Vlaamse Raad van 2 april 2004, nr. 52.

263 De Maatschappij voor het Intercommunaal Vervoer te Brussel (MIVB) is opgericht bij Ordonnantie van 22 november 1990 betreffende de organisatie van het openbaar vervoer in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, B.S. 28 november 1990, p. 22218.

264 De algemene vergadering kan bepalen dat de raad van bestuur slechts twee leden omvat. Een tweekoppige raad van bestuur is eveneens toegestaan indien de vennootschap door twee personen is opgericht (art. 518 W. Venn.).

265 Meer uitgebreid over dit onderwerp François & Delvoie (2004), p. 42.

Wordt het dagelijks bestuur gedelegeerd aan een persoon die geen bestuurder is, dan wordt deze persoon geduid met de term (algemeen) directeur. Er bestaat geen wettelijke definitie van het begrip ‘dagelijks bestuur’. Volgens het Hof van Cassatie beperken de bevoegdheden van het dagelijks bestuur zich tot handelingen (i) die niet verder reiken dan de behoeften van het dagelijkse leven van de vennootschap en (ii) de behoefte die vanwege het minder belang dat ze vertonen of van de noodzakelijkheid een vlugge oplossing te treffen, de tussenkomst van de raad van bestuur niet rechtvaardigen.²⁶⁶ In de literatuur is gesteld dat het dagelijks bestuur vanwege deze beperkte bevoegdheden ongeschikt is de vennootschap behoorlijk te besturen.²⁶⁷ De raad van bestuur heeft de mogelijkheid aan de gedelegeerde bestuurders in het dagelijks bestuur aanvullende bevoegdheden te delegeren (art. 522 § 1 W.Venn.). Deze bevoegdheidsdelegatie is eveneens toegestaan indien een dagelijks bestuur ontbreekt en komt in dat geval neer op een interne taakverdeling binnen de raad van bestuur.²⁶⁸ Ook met de instelling van een dagelijks bestuur blijft de raad van bestuur concurrerend bevoegd – en dus aansprakelijk – voor de materies die door het dagelijks bestuur worden behandeld. Het bestuur blijft formeel in handen van één orgaan, de raad van bestuur. Juridisch beschouwd blijft de bestuursstructuur van de NV dan ook monistisch.

De NV kan ook opteren voor de oprichting van een directiecomité bestaande uit minimaal twee personen. Het directiecomité treedt in het rechtsverkeer op volgens dezelfde regels zoals die gelden voor de raad van bestuur. Het directiecomité is sinds 2002 wettelijk verankerd in de artt. 524bis en 524ter W.Venn.²⁶⁹ Art. 524bis bepaalt dat ‘*de statuten de raad van bestuur kunnen toestaan zijn bestuursbevoegdheden over te dragen*’. Deze zinsnede maakt duidelijk dat de procedure tot oprichting uit twee fasen bestaat. Eerst dient de algemene vergadering in de statuten op te nemen dat de raad van bestuur zijn bestuursbevoegdheden kan overdragen aan een directiecomité en vervolgens dient de raad van bestuur daartoe over te gaan. Of de algemene vergadering in de statuten de raad van bestuur kan verplichten tot oprichting van een directiecomité over te gaan, is een vraag waarop men in de

266 Hof van Cassatie 17 september 1968, Pas 1996, I, 61. Of een bepaalde handeling daadwerkelijk onder het dagelijkse bestuur valt, blijft een feitenkwestie die moet worden beoordeeld in het licht van de omvang en het voorwerp van de onderneming. Zie over dit onderwerp nader Braeckmans & Houben (2011), p. 295 (nr. 544).

267 François (2006), p. 433.

268 Niet zelden geschiedt dit door de oprichting van bijzondere comités binnen de raad van bestuur, ook wel een uitvoerend of executief comité genoemd.

269 Het directiecomité was al lang voor de codificatie een bekend verschijnsel in Belgische NV's. Er bestond echter rechtsonzekerheid over de wettelijke status en de rechtsgevolgen van de door het directiecomité genomen besluiten. Voor de bankensector bestond vanaf 1975 een wettelijke regeling inzake de instelling van een directiecomité. Deze regeling was mede de inspiratiebron voor de regeling van de artt. 524bis en 524ter W.Venn. Zie hierover Ernst & Van den Eynden (2003), p. 25-32.

literatuur geen eenduidig antwoord vindt.²⁷⁰ De woorden ‘*kunnen toestaan*’ uit het hiervoor geciteerde art. 524bis doen vermoeden dat de algemene vergadering zich deze bevoegdheid niet kan toe-eigenen.

Indien tot instelling van een directiecomité wordt besloten, ligt de kern van het ondernemingsbestuur bij dit comité.²⁷¹ De overdracht heeft alleen geen betrekking op (i) het algemeen beleid van de vennootschap,²⁷² (ii) het toezicht op het directiecomité en (iii) de handelingen die de wet uitdrukkelijk aan de raad van bestuur toekent. Wanneer een directiecomité is ingesteld, is de raad van bestuur belast met het toezicht daarop. In dat opzicht is het opmerkelijk dat het directiecomité bestuurders onder zijn leden kan tellen. Dat heeft de consequentie dat de gecontroleerde deel kan uitmaken van het controleorgaan. Een twistpunt in de doctrine is of de bevoegdheidsoverdracht het directiecomité exclusief bevoegd maakt of dat het om concurrerende bevoegdheden gaat met de raad van bestuur. Met verwijzing naar de letterlijke tekst van 524bis – die melding maakt van de overdracht van bevoegdheden – bestaat de opvatting dat de raad van bestuur niet langer bevoegd is.²⁷³ Op meer materiële (en niet louter formele) gronden is het merendeel van de auteurs echter van oordeel dat de raad van bestuur concurrerend bevoegd blijft.²⁷⁴

Het directiecomité wordt in het Belgische vennootschapsrecht beschouwd als een zelfstandig orgaan met zowel bestuurs- als vertegenwoordigingsbevoegdheden ten opzichte van de raad van bestuur.²⁷⁵ De vraag rijst of met de instelling van een directiecomité feitelijk geen dualistische bestuursstructuur tot stand komt. In de literatuur is gesteld dat er geen duale bestuursstructuur ontstaat in de betekenis die daaraan doorgaans wordt gegeven.²⁷⁶ Zo bestaat tussen het directiecomité enerzijds en de raad van bestuur anderzijds geen wettelijke taakverdeling. Het bestuur kan vrij besluiten welke taken en bevoegdheden hij delegeert, zodat in theorie vele gradaties

270 De Wulf (2002), p. 333 beantwoordt deze vraag in zijn dissertatie uit 2002 bevestigend. In een latere publicatie spreekt De Wulf (2003a), p. 215 deze stelling weer tegen. Nelissen Grade (2003), p. 121 is van mening dat de algemene vergadering deze bevoegdheid ontbeert, maar stelt zich de vraag of de wetgever wel de juiste beslissing heeft gemaakt nu het volgens hem de voorkeur verdient de keuze voor het ene of het andere systeem aan de aandeelhouders te laten. Ernst & Van den Eynden (2003), p. 40-41 zijn een soortgelijke mening toegedaan. Ook Byttebier (2004), p. 161 meent dat de algemene vergadering de raad van bestuur niet kan verplichten tot oprichting van een directiecomité over te gaan.

271 Eventuele beperkingen aan de maximaal overdraagbare bestuursbevoegdheden bij de statuten of bij beslissing van de raad van bestuur zijn niet aan derden tegenwerpbaar.

272 Het begrip ‘algemeen bestuur’ is een vaag begrip waarvan de concrete invulling mede afhankelijk zal zijn van de omvang van de vennootschap, haar doelomschrijving en activiteiten en van de concrete omstandigheden. Zie nader Ernst & Van Den Eynden (2003), p. 62-63; De Wulf (2003a), p. 219-220.

273 Vgl. Wyckaert & Geens (2009), p. 74; Van Gerven (2004).

274 François (2006), p. 450-466; Delmotte (2004); De Wulf (2003b), p. 216; Ernst & Van Den Eynden (2003), p. 60-61.

275 Vgl. Wyckaert & Geens (2009), p. 74; De Wulf & De Geyter (2007), p. 109; Nelissen Grade (2003), p. 116.

276 François (2006), p. 438; Nelissen Grade (2003), p. 118.

van taakopsplitsing mogelijk zijn. Slechts het algemeen beleid, het toezicht op het directiecomité en de wettelijk voorbehouden bevoegdheden liggen verplicht bij de raad van bestuur. Daarnaast kan het lidmaatschap van beide organen cumuleren. Deze auteurs moet worden nagegeven dat een wettelijke taakverdeling en een verbod van beide organen lid te zijn op Europees niveau kenmerkend zijn voor een dualistische structuur.²⁷⁷ Daar wijkt de Belgische regeling inderdaad vanaf. Toch bevat de regeling wel degelijk belangrijke elementen van een duale structuur. De overdraagbare bestuursbevoegdheid omvat het gehele operationele bestuur van de vennootschap en ook het toezicht van de raad van bestuur op de uitoefening daarvan is eigen aan de duale structuur.²⁷⁸ Feitelijk vervult de raad van bestuur nagenoeg de functie van een raad van toezicht, terwijl het directiecomité het eigenlijke management op zich neemt. Voorts is tekenend dat de Belgische wetgever de invoering van een directiecomité voor de SE met een monistische bestuursstructuur heeft verboden. Volgens de Belgische wetgever zou anders het nuttige effect van het dualistische stelsel komen te vervallen.²⁷⁹ Deze redenering suggereert dat de invoering van een directiecomité tevens tot een bepaalde mate van dualisme leidt. Al met al is de Belgische regeling inzake het directiecomité niet eenvoudig te kwalificeren als monistisch ofwel dualistisch. In de literatuur wordt daarom terecht wel gesproken van een imperfecte dualistische bestuursstructuur of een dualisme à la carte.²⁸⁰

Besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Het bestuur van de BVBA is aan zaakvoerders opgedragen (art. 255 W.Venn.). De wet kent geen wettelijk minimum noch bijzondere kwalificatievereisten voor de zaakvoerders. De bevoegdheden van de zaakvoerders zijn beschreven in art. 257 W.Venn. Deze bepaling is in haast gelijkwaardige bewoordingen gesteld als de tekst van art. 522 W.Venn. dat de bevoegdheden van de raad van bestuur in een NV regelt. Essentieel verschil is dat in de NV de bestuurs- en vertegenwoordigingsbevoegdheid in beginsel collegiaal is, terwijl deze bevoegdheden in de BVBA aan iedere zaakvoerder afzonderlijk toekomen. Concreet betekent dit dat iedere zaakvoerder bevoegd is alle handelingen te verrichten die nodig zijn tot verwezenlijking van het doel van de vennootschap. Wel kunnen de statuten van de BVBA de bevoegdheid van de zaakvoerders beperken. Wat betreft overtredingen waaraan bepaalde zaakvoerders geen deel hebben gehad, geldt dat zij van aansprakelijkheid zijn ontheven indien hen geen schuld kan worden verweten en zij de overtredingen hebben aangekaard op de eerste algemene vergadering nadat zij er kennis van

²⁷⁷ Zie de artt. 39 lid 3 en 40 SE-Verordening.

²⁷⁸ Vgl. Wyckaert & Geens (2009), p. 72-73.

²⁷⁹ Verslag aan de Koning B.S. 9 september 2004, p. 65844. Het verbod tot het instellen van een directiecomité is neergelegd in art. 898 tweede lid *in fine* W.Venn.

²⁸⁰ Ernst & Van den Eynden (2003), p. 51. De metafoor à la carte heeft betrekking op het feit dat het wettelijke systeem bijzonder veel ruimte voor maatwerk laat om te bepalen waaruit de bevoegdheid, de samenstelling en de vertegenwoordiging van het directiecomité zal bestaan.

hebben gekregen (art. 263 W.Venn.). Binnen de BVBA kan geen algemeen bestuur worden ingesteld. Evenmin bestaat de mogelijkheid een directiecomité in te stellen. De Commissie De Grauwe rechtvaardigde dit onderscheid met de NV met verwijzing naar de vaak beperkte omvang van een BVBA.²⁸¹ Deze zienswijze is niet van kritiek gespaard gebleven.²⁸²

Sinds 1 juni 2010 kent België de Starter-BVBA.²⁸³ Het gaat hier om een variant op de vertrouwde BVBA. Het belangrijkste voordeel van de Starter-BVBA is dat zij kan worden opgericht met een minimumkapitaal van € 1. Met de Starter-BVBA wordt beoogd het toenemende gebruik van buitenlandse vennootschappen zonder minimumkapitaal tegen te gaan.²⁸⁴ De bestuursstructuur alsmede de taken en bevoegdheden van de zaakvoerders van de Starter-BVBA wijken niet af van hetgeen geldt voor de reguliere BVBA.

4.4.3 *Recht tot bezwaar bij benoeming commissaris*

Het Belgische vennootschapsrecht kent de functie van commissaris. De betekenis wijkt af van wat onder dit begrip in de Nederlandse context wordt verstaan. In het Belgische recht is de commissaris de wettelijke jaarrekeningcontroleur. Hij houdt zich bezig met de controle op de financiële toestand, de jaarrekening en in hoeverre hetgeen in de jaarrekening wordt gesteld conform wet en statuten is. In dat opzicht is de commissaris te vergelijken met de Nederlandse accountant. Beiden zijn te herleiden tot de Vierde Vennootschapsrichtlijn.²⁸⁵ Verschil met de Nederlandse accountant is dat het vennootschapsrecht de benoeming, de bevoegdheden en de aansprakelijkheidstelling van de Belgische commissaris vormgeeft (hoofdstuk III titel IV van het W.Venn.). De commissaris is een orgaan van de vennootschap.²⁸⁶ De aanstelling van een commissaris maakt de bestuursstructuur van de vennootschap evenwel niet dual. Met een dualistische bestuursstructuur wordt bedoeld op

281 Commissie De Grauwe (2000), p. 13.

282 De Wulf (2002), p. 9.

283 Voor een uiteenzetting van de regeling wordt verwezen naar Braeckmans & Houben (2012), p. 92-96.

284 In de meeste gevallen gaat het bij het gebruik van buitenlandse vennootschappen om de Engelse limited. Een ander reden die voor de invoering van de Starter-BVBA werd genoemd, is het stimuleren van de oprichting van Belgische ondernemingen en - in het verlengde daarvan - de werkgelegenheid. Zie *Gedr. St.*, Kamer 2009-10, 20 oktober 2009, nr. 2211/1, p. 3-4.

285 Richtlijn 2006/43/EG van het Europees Parlement en de Raad van 17 mei 2006 betreffende de wettelijke controles van jaarrekeningen en geconsolideerde jaarrekeningen, tot wijziging van de Richtlijnen 78/660/EEG van 83/349/EEG van de Raad en houdende intrekking van Richtlijn 84/253/EEG van de Raad.

286 De Wulf & De Geyter (2007), p. 109. Braeckmans & Houben (2012), p. 251 (nr. 460) definiëren het orgaan als een natuurlijk persoon of het college van natuurlijke personen dat in de organisatie van de vennootschap een wettelijke of krachtens de wet in de statuten bepaalde functie vervult en dat voor de vennootschap beslist of handelt op zo'n manier dat die beslissingen en handelingen juridisch gelden als de beslissingen of handelingen van de vennootschap zelf. Anders Tillemans (2005), p. 542. Tillemans beschouwt de commissaris niet als een volwaardig orgaan van de vennootschap aangezien de commissaris slechts interne en geen externe bevoegdheden heeft.

de instelling van een afzonderlijk orgaan dat toezicht houdt op het algemeen beleid van het leidinggevende orgaan. Hieraan voldoet de Belgische commissaris niet. Als financieel deskundige controleert en certificeert de commissaris slechts de juistheid van de financiële informatie over de vennootschap.

De werknemers(vertegenwoordigers) hebben invloed op de benoeming van de commissaris. Dit heeft als reden dat de commissaris ten opzichte van de ondernemingsraad de functie van bedrijfsrevisor vervult. In die functie brengt hij verslag uit over de jaarrekening en het jaarverslag, certificeert hij de getrouwheid en volledigheid van de economische en financiële inlichtingen die de raad van bestuur aan de ondernemingsraad verstrekt en verklaart hij de betekenis van deze informatie met betrekking tot de financiële structuur en de evolutie in de financiële toestand van de vennootschap (art. 151 W.Venn.). Om redenen van efficiëntie zijn deze taken aan de commissaris toevertrouwd indien de vennootschap verplicht is een commissaris aan te stellen.

4.4.3.1 Inhoud en aard

De aanstelling van een commissaris is verplicht voor zogenaamde ‘grote’ vennootschappen.²⁸⁷ Dit zijn vennootschappen die ten minste twee van de volgende drie criteria overschrijden: (i) vijftig werknemers, (ii) € 7.300.000 omzet exclusief BTW en (iii) € 3.650.000 balanstotaal. Vanaf 1 januari 1996 wordt in beginsel voor elke vennootschap afzonderlijk nagegaan of aan twee van de genoemde criteria is voldaan. Deze regel geniet uitzondering indien een vennootschap deel uitmaakt van een groep die gehouden is een geconsolideerde jaarrekening op te stellen. Dan geschiedt de berekening op geconsolideerde basis.²⁸⁸ Beursgenoteerde vennootschappen dienen altijd een commissaris te benoemen, ongeacht de grootte van de vennootschap. Wanneer ondanks een wettelijke verplichting geen commissaris wordt aangesteld, kan dit resulteren in een aansprakelijkheid van de bestuurders in een NV dan wel de zaakvoerders in een BVBA.

De benoeming van een commissaris is exclusief voorbehouden aan de algemene vergadering die met meerderheid van stemmen besluit (art. 130 lid 1 W.Venn.). De benoemingsprocedure start met een voorstel van het bestuur.²⁸⁹ De voorgedragen kandidaat moet een natuurlijke of rechtspersoon zijn die staat ingeschreven in het openbaar register van het Instituut der Bedrijfsrevisoren.²⁹⁰ Indien de vennootschap

287 Art. 141 sub 2 jo. art. 15 W.Venn. In de gevallen dat er geen verplichting tot het aanstellen van een commissaris bestaat, kan hiertoe vrijwillig worden besloten op grond van art. 165 W.Venn.

288 Deze criteria staan opgesomd in art. 141 sub 2 W.Venn.

289 Indien binnen de vennootschap een auditcomité is ingericht, heeft dit comité het recht een voorstel voor een geschikte commissaris te formuleren en aan de raad van bestuur voor te leggen. De raad van bestuur kan met dit voorstel instemmen of het voorstel verwerpen.

290 Het Instituut van Bedrijfsrevisoren is een publiekrechtelijke organisatie die tot doel heeft te waken over de opleiding en te voorzien in een bestendig korps van specialisten die bekwaam zijn de functie als bedrijfsrevisor uit te oefenen.

een ondernemingsraad heeft, benoemt de algemene vergadering de commissaris op voordracht van de ondernemingsraad (artt. 156-160 W.Venn.). De kiesprocedure is nader uitgewerkt in de artt. 184-191 van het Koninklijk Besluit van 30 januari 2011.²⁹¹ De beslissing van de ondernemingsraad om de door het bestuur genoemde kandidaat voor te dragen vereist een dubbele meerderheid. Dit komt neer op een meerderheid van de stemmen uitgebracht door de leden verkozen door de werknemers en een meerderheid van de stemmen uitgebracht door het geheel van de ondernemingsraad (bestaande uit vertegenwoordigers van werknemers- en werkgeverszijde).²⁹² Telt een vennootschap meer ondernemingsraden, dan vormen de raden tezamen één kiescollege bij het bepalen van de hiervoor genoemde meerderheden.²⁹³ De beslissing over het voorstel van het bestuursorgaan kan positief of negatief uitvallen. Bij een negatieve beslissing moet een nieuwe kandidaat worden voorgedragen. Gelet op het initiatiefrecht van het bestuur heeft de ondernemingsraad niet de bevoegdheid zelf kandidaten aan te dragen. Juridisch beschouwd heeft de ondernemingsraad dus een recht tot het maken van bezwaar. Uiteraard kan de ondernemingsraad tijdens het overleg met het bestuur wel kandidaten suggereren.

Als de ondernemingsraad zich niet kan vinden in de door het bestuur voorgestelde kandidaat en het bestuur weigert van zijn voordracht af te wijken, kunnen partijen zich wenden tot de voorzitter van de Rechtbank van Koophandel die zitting houdt in kort geding (art. 157 W.Venn.). Onenigheid tussen de ondernemingsraad en het bestuur heeft tot beperkte rechtspraak aanleiding gegeven.²⁹⁴ Bij de toetsing staat het belang van de vennootschap voorop. De rechtspraak leert dat ook relevantie toekomt aan het subjectieve element van vertrouwen. Zo stelde de voorzitter van de Rechtbank van Koophandel Brussel dat een bedrijfsrevisor niet kon worden herbenoemd omdat het vertrouwen tussen de bedrijfsrevisor en de ondernemingsraad beschadigd was.²⁹⁵ Krijgt de ondernemingsraad gelijk, dan is de voorzitter van de Rechtbank van Koophandel bevoegd een commissaris te benoemen totdat is voorzien in de benoeming van een nieuwe commissaris met inachtneming van de wet. Wordt de ondernemingsraad in het ongelijk gesteld, dan kan het bestuur zijn kandidaat ter benoeming aan de algemene vergadering voorleggen. De voorzitter van de Rechtbank van Koophandel heeft ook een functie indien het bestuur niet tot een voordracht overgaat. In een dergelijke situatie gaat de voorzitter van de Rechtbank van Koophandel tot benoeming van een commissaris

291 Koninklijk Besluit van 30 januari 2001 ter uitvoering van het Wetboek van Vennootschappen, *BS* van 6 februari 2001, p. 3008. De bevoegdheid tot het vaststellen van nadere regels bij Koninklijk Besluit volgt uit art. 164 W.Venn.

292 In beginsel dient ten minste de helft van de vertegenwoordigers aan werknemers- en werkgeverszijde bij de stemming aanwezig te zijn. Het is mogelijk dat het huishoudelijke reglement van de ondernemingsraad strengere regels bevat.

293 Art. 189 van het hiervoor aangehaalde Koninklijk Besluit van 30 januari 2001.

294 Zie Rb. Kh. Verviers 3 juli 1998, *TBH* 1999, 585; Rb. Kh. Antwerpen 3 mei 1993, *TRV* 1996, 319; Kh. Hasselt 23 mei 1986, *RW* 1986, 87; Rb. Kh. Nijvel 10 april 1986, *TBH* 1986, 613.

295 Voorz. Rb. Kh. Brussel 13 januari 1995, *TRV* 1996, 332 m.nt. Tilleman.

over op basis van een daartoe ingediend verzoek door een belanghebbende. De ondernemingsraad heeft het recht tot advies voorzover hij in de benoemingsprocedure niet werd gehoord (art. 157 W.Venn.). De door de voorzitter benoemde commissaris vervult zijn taak totdat op een regelmatige wijze in zijn vervanging is voorzien.

4.4.3.2 *Afdwingbaarheid*

Indien de algemene vergadering zonder de instemming van de ondernemingsraad tot benoeming van een commissaris overgaat, is de benoeming krachtens art. 160 W. Venn. nietig. Strikt genomen is de benoeming vernietigbaar, nu de nietigheid moet worden uitgesproken door de voorzitter van de Rechtbank van Koophandel. De ondernemingsraad als belanghebbende kan een verzoekschrift indienen. Een nietige benoeming heeft tot gevolg dat de benoemingsprocedure opnieuw en ditmaal regelmatig moet worden doorlopen. Tussen partijen geldt de nietigheid *ex tunc*. Vanwege de verstreckende gevolgen geldt de nietigverklaring ten aanzien van derden *ex nunc*.²⁹⁶

4.4.4 *Informatieplicht onafhankelijke bestuurder beursgenoteerde NV*

Sinds de wetswijziging van 2002 zijn beursgenoteerde NV's die deel uitmaken van een groep onder bepaalde voorwaarden verplicht tot het aanstellen van drie onafhankelijke bestuurders binnen de raad van bestuur. De regeling is erop gericht een schending van het vennootschapsbelang door dominante aandeelhouders te voorkomen.²⁹⁷ De onafhankelijk bestuurder is onafhankelijk in de ruime zin van het woord en handelt niet slechts in het belang van de aandeelhouders. Vanuit die gedachte heeft de ondernemingsraad een (bescheiden) rol bij de benoeming gekregen.

4.4.4.1 *Inhoud en aard*

Een beursgenoteerde NV moet drie onafhankelijke bestuurders benoemen indien de NV over controlerende aandeelhouders beschikt én het bestuur tot bepaalde handelingen wenst over te gaan (art. 524 W.Venn.). Het betreft een toetsing van bepaalde beslissingen of verrichtingen van een beursgenoteerde vennootschap die

²⁹⁶ De Poorter (2010), commentaar bij art. 130, nr. 34.

²⁹⁷ Het toepassingsbereik van de regeling is beperkt tot beursgenoteerde vennootschappen omdat in dergelijke vennootschappen de minderheidsaandeelhouders doorgaans talrijker zijn en verder van de vennootschap staan dan bijvoorbeeld in een besloten vennootschap. De idee is dat minderheidsaandeelhouders in beursvennootschappen minder eenvoudig kunnen onderhandelen met het bestuur of met de dominante aandeelhouders van de vennootschap. Meer uitgebreid De Wulf (2003b), art. 524, nr. 1.

betrekkingen met andere groepsvennootschappen tot onderwerp hebben (groeps-interne acties). Gedacht kan worden aan het besluit van de beursgenoteerde vennootschap om een overeenkomst te sluiten met de moeder of een zustervennootschap.²⁹⁸ De procedure houdt kort gezegd in dat de raad van bestuur het voorgenomen besluit voorlegt ter beoordeling van een comité van drie onafhankelijke bestuurders en één of meer onafhankelijke experts. Dit comité verstrekt aan de raad van bestuur een advies. Dit advies is niet dwingend. De raad van bestuur kan handelen naar eigen inzicht. Dit betekent niet dat de raad van bestuur de procedure kan overslaan. De bepaling heeft een dwingend karakter: overtreding wordt gesanctioneerd met de nietigheid van het genomen besluit.²⁹⁹ Strikt genomen legt de wet aan beursgenoteerde NV's niet rechtstreeks de verplichting op onafhankelijke bestuurders te benoemen. De vennootschap moet slechts zorgen dat zij over onafhankelijke bestuurders beschikt waarneer zij een handeling in het kader van art. 524 W.Venn. verricht. Aangezien het moeilijk voorstelbaar is dat een beursgenoteerde vennootschap nooit in een dergelijke situatie terecht komt, neemt men aan dat beursgenoteerde vennootschappen feitelijk te allen tijde verplicht zijn tot benoeming over te gaan.³⁰⁰

De benoeming van de onafhankelijke bestuurders geschiedt – net als bij de andere bestuurders – door de algemene vergadering op voordracht van het bestuur. Anders is dat art. 524 lid 4 W.Venn. thans bepaalt dat de benoeming van de kandidaten (bedoeld zal zijn de naam van de kandidaten) ter kennisgeving aan de ondernemingsraad wordt medegedeeld voorafgaand aan de benoeming door de algemene vergadering. De wetgever heeft getracht een bijzondere categorie bestuurders te creëren die bij de uitoefening van hun taak met ruimere *stakeholders* belangen rekening houden. Deze speciale rol vindt bevestiging in de criteria waaraan een bestuurder moet voldoen om als onafhankelijk bestuurder zijn rol te kunnen vervullen.³⁰¹ Een nadere bevestiging biedt de memorie van toelichting. In lijn met het rapport van de Commissie De Grauwe vermeldt de memorie van toelichting: *‘Deze voorwaarde strekt ertoe ook de werknemers te informeren over de problematiek van de onafhankelijke bestuurders en hen te betrekken bij de objectivering van het ondernemingsbestuur. De onafhankelijke bestuurder wordt daarbij aangeduid tot de bewaker van de belangen van de onderneming, met inbegrip van haar werknemers en van de andere stakeholders. Nochtans vertegenwoordigt hij*

298 Besluiten van een Belgische beursgenoteerde vennootschap met betrekking tot buitenlandse verbonden vennootschappen vallen ook onder het toepassingsbereik. Dit geldt niet voor besluiten met betrekking tot Belgische dochtervennootschappen. De Belgische dochtervennootschap dient uiteraard wel zelf aan art. 524 W.Venn. uitvoering te geven indien zij zelfstandig aan de criteria voldoet.

299 Ingevolge art. 524 § 6 W.Venn. kan slechts de vennootschap de nietigheid vorderen.

300 De Wulf (2003b), art. 524, nr. 61.

301 De onafhankelijke bestuurders moeten onafhankelijk zijn in de absolute betekenis van het woord. Dat betekent dat zij geen relatie met de vennootschap mogen onderhouden die hun onafhankelijkheid in het gedrang kan brengen. Deze criteria zijn neergelegd in art. 524 lid 4 jo. 526ter W.Venn.

*enkel de vennootschap. Hij wordt gekozen als vertrouwenspersoon, die moet helpen verzekeren dat het bestuur van de onderneming gevoerd wordt rekening houdend met het belang van de onderneming zelf.*³⁰² Een aantal Belgische auteurs meent desondanks dat de onafhankelijke bestuurders geen bijzondere categorie van bestuurders vormen. Zij wijzen erop dat op de onafhankelijke bestuurders geen afzonderlijk statuut of aansprakelijkheidsregime van toepassing is. Voorts valt volgens de auteurs niet te verdedigen dat de onafhankelijk bestuurder – die net als de andere bestuurders door de algemene vergadering wordt benoemd en ontslagen – in zijn rol opeens met een meer objectieve blik naar de besluitvorming kijkt.

4.4.4.2 Afdwingbaarheid

De wet verplicht de raad van bestuur de namen van de kandidaten aan de ondernemingsraad ter kennisgeving mede te delen. De mededeling kan, maar hoeft niet van een motivatie te zijn voorzien. De wet legt geen termijnen op met betrekking tot het doen van de mededeling, evenmin is voorgeschreven in welke vorm de mededeling dient te geschieden. Louter is bepaald dat de kennisgeving dient te geschieden voorafgaand aan de benoeming door de algemene vergadering. Dit kan feitelijk de dag daarvoor zijn.

De ondernemingsraad heeft niet de gelegenheid over de voorgenomen benoeming een standpunt in te nemen. De Raad van State merkte tijdens de parlementaire behandeling terecht op dat de ondernemingsraad de namen van de kandidaten slechts ter kennisgeving ontvangt, zonder dat hem enige inspraak toekomt.³⁰³ Van enige actieve rol van de ondernemingsraad bij de benoeming van de onafhankelijke bestuurders is geen sprake. Bovendien is op overtreding van de mededelingsplicht geen sanctie gesteld. De nietigheidsgronden van art. 64 W.Venn. bieden evenmin soelaas. Hoewel ingevolge art. 64 sub 1 W.Venn. een besluit van de algemene vergadering nietig is wegens enige onregelmatigheid naar de vorm waardoor het genomen besluit is aangetast, is vereist dat de eiser aantoont dat de begane onregelmatigheid het genomen besluit had kunnen beïnvloeden. Aan deze laatste eis kan de ondernemingsraad niet voldoen, nu hem slechts een informatierecht toekomt. Ook een vordering in kort geding tot naleving van art. 524 W.Venn. is weinig zinvol. Zo vindt voorafgaand aan de benoeming (nog) geen schending plaats. Het bestuur kan tot de laatste dag voor de algemene vergadering de informatie verstrekken. De schending is er wel nadat de algemene vergadering tot de benoeming is overgegaan. Op dat moment ontbreekt evenwel enig belang omdat de ondernemingsraad reeds door de benoeming van de kandidatuur op de hoogte is geraakt.

³⁰² *Parl. St. Kamer 2000/01*, nr. 1211/1, p. 24.

³⁰³ *Parl. St. Kamer 2000/01*, nr. 1211/1, p. 56.

4.4.5 Discussie en ontwikkelingen

Medezeggenschap is geen onderwerp dat zich in België momenteel in een grote belangstelling mag verheugen. Dit geldt voor de wetgever, de sociale partners, het bedrijfsleven en de wetenschap. Typerend is het feit dat de medezeggenschapsbepalingen uit de SE-Richtlijn en de Tiende Richtlijn zonder veel discussie binnen de Nationale Arbeidsraad zijn geïmplementeerd en dat in de literatuur slechts sporadisch aandacht aan het onderwerp is besteed. Hoewel er meer aandacht lijkt te komen voor een *corporate governance* benadering vanuit een *stakeholders* perspectief wordt de invoering van medezeggenschap hier (nog) niet direct mee in verband gebracht. Het valt te verwachten dat de Europese initiatieven op het grensoverschrijdende vennootschappelijke vlak – zoals de juridische fusie, de SE en de omzetting – zullen bijdragen aan een introductie van en een daarmee gepaard gaande gewinning aan het concept van vennootschappelijke medezeggenschap in België. Wellicht dat de Europese ontwikkelingen de discussie in België op gang zullen brengen.

4.5 Conclusie

De Nederlandse, Duitse en Belgische regels geven op een eigen – van elkaar verschillende – wijze invulling aan het concept vennootschappelijke medezeggenschap. Tussen de Nederlandse en Duitse wetgeving bestaan bepaalde raakvlakken. Binnen het Belgische recht is de invloed van werknemers op het beleid van de vennootschap geheel anders vormgegeven. Het recht tot bezwaar met betrekking tot een voorgenomen benoeming van de commissaris komt niet voort uit de gedachte dat de werknemers betrokken moeten worden bij de samenstelling van de organen op vennootschapsniveau, maar valt te herleiden tot de relatie van de commissaris met de ondernemingsraad. Hoewel de Belgische wetgever bij de benoeming van de onafhankelijke bestuurder van een beursgenoteerde NV wel de intentie had de werknemers te betrekken bij de samenstelling van de raad van bestuur in een beursgenoteerde NV, werd een kennisgeving van de naam van de kandidaat daartoe voldoende geacht.

In Nederland en Duitsland bestaat van oudsher meer aandacht voor de invloed van werknemers op de samenstelling van de organen van de vennootschap. In dat opzicht is het niet verwonderlijk dat in deze landen de medezeggenschap een meer prominente plaats inneemt binnen het vennootschapsrecht. Dat neemt niet weg dat tussen de Nederlandse en Duitse benadering meer verschillen dan overeenkomsten bestaan. Zo zijn de taken en bevoegdheden van de leden op wier benoeming de medezeggenschap betrekking heeft, anders vormgegeven. Daarnaast heeft de medezeggenschap in beide lidstaten van origine betrekking op het toezichthoudende orgaan in een dualistische bestuursstructuur, maar kan in Nederland de medezeggenschap sinds 1 januari 2013 eveneens van toepassing zijn in een monistische bestuursstructuur. Verder valt op dat de medezeggenschap in Duitsland als een apart

rechtsgebied wordt behandeld dat een eigen positie heeft ten opzichte van het vennootschapsrecht. De medezeggenschap wordt beheerst door afzonderlijke begrippen en regels en kent een eigen systematiek. In Nederland is de medezeggenschap integraal onderdeel van het vennootschapsrecht en is neergelegd in boek 2 BW.

5 IMPLEMENTATIE VAN ART. 16 TIENDE RICHTLIJN IN NEDERLAND, DUITSLAND EN BELGIË

5.1 Inleiding

Dit hoofdstuk gaat in op de implementatie van art. 16 Tiende Richtlijn in de lidstaten Nederland, Duitsland en België. Vanuit het perspectief van de Nederlandse werknemer zijn bij een grensoverschrijdende fusie twee situaties denkbaar: de uit de fusie ontstane vennootschap vestigt haar statutaire zetel in Nederland (*inbound* fusie) of in één van de andere lidstaten (*outbound* fusie). In de laatste situatie komt relevantie toe aan het buitenlandse implementatierecht. Om die reden wordt in dit hoofdstuk naast het Nederlandse ook het Duitse en Belgische implementatierecht besproken. Dat het om de implementatie van Europees recht gaat, betekent niet dat de wetgeving van de drie lidstaten uniform is. De vrijheid die lidstaten hebben in de wijze van implementeren – voor zover het doel van de richtlijn wordt behaald –, kan leiden tot verschillen. Dit geldt te meer nu art. 16 Tiende Richtlijn bepalingen kent die voor meerdere interpretaties vatbaar zijn. In dit hoofdstuk wordt de wijze van implementeren geanalyseerd in het licht van de Tiende Richtlijn, waarbij wordt nagegaan in hoeverre de in hoofdstuk 4 beschreven nationale stelsels inzicht bieden op de gemaakte keuzes en gekozen oplossingen.

Eerst komt het Nederlandse recht aan de orde. Daarna volgen het Duitse en het Belgische recht. De implementatie wordt per lidstaat besproken aan de hand van eenzelfde stramien als bij de analyse van hoofdstuk 3. Ten behoeve van de overzichtelijkheid is een aantal subonderwerpen ter bespreking samengenomen in één paragraaf. Voorafgaand aan de bespreking van het implementatierecht van de drie lidstaten, komen twee meer algemene onderwerpen aan de orde. Om te beginnen het toepasselijke recht. Nu bij een grensoverschrijdende fusie vennootschappen en werknemers uit verschillende lidstaten zijn betrokken, rijst de vraag welk (implementatie)recht op de fusie van toepassing is. Hierover gaat paragraaf 2. Voorts is relevant wat de gevolgen zijn van een onjuiste implementatie. Dit aspect staat centraal in paragraaf 3, maar keert wat art. 16 Tiende Richtlijn betreft meer specifiek terug bij de bespreking van het Nederlandse, Duitse en Belgische (implementatie)recht.

5.2 Het toepasselijke (implementatie)recht

De bepalingen inzake medezeggenschap reguleren naar hun aard grensoverschrijdende kwesties. De toepassing roept om die reden vragen van internationaal

privaatrechtelijke aard op. Men moet steeds onderzoeken volgens het recht van welke lidstaat de uitwerking van een specifieke bepaling vorm krijgt. De Tiende Richtlijn bevat aanwijzingen om deze internationaal privaatrechtelijke vragen te beslechten. Een lastig aspect is dat het antwoord kan verschillen naar gelang het onderwerp waarop de vraag betrekking heeft.

Als hoofdregel geldt dat het implementatierecht van de lidstaat waar de uit de fusie ontstane vennootschap haar statutaire zetel vestigt de verplichtingen inzake de medezeggenschap inkleurt. Dit geldt voor de onderhandelingsprocedure, het instellen van de BOG en het toepassen van de wettelijke referentievoorschriften. De artt. 6 en 7 lid 1 SE-Richtlijn verwijzen voor de invulling expliciet naar het recht van de lidstaat waar de uit de fusie ontstane vennootschap haar statutaire zetel vestigt. Indien de uit de fusie ontstane vennootschap zich in Duitsland vestigt, geeft het Duitse implementatierecht aan deze onderwerpen vorm en inhoud. Vestigt de uit de fusie ontstane vennootschap zich in Nederland, dan is het Nederlandse recht het toepasselijke recht. De regels inzake de onderhandelingsprocedure, het instellen van de BOG en het toepassen van de referentievoorschriften hebben een transnationaal karakter. Bij de toepassing zijn vennootschappen en werknemers uit verschillende lidstaten relevant.

Daarnaast kent de SE-Richtlijn bepalingen die aansluiten bij het recht van de lidstaat waar de betreffende werknemers werkzaam zijn. Dit geldt voor de verkiezing van de BOG-leden en de (ontslag)bescherming die deze leden toekomt. Deze onderwerpen worden volgens het recht van verschillende lidstaten bepaald. Iedere lidstaat geeft hieraan invulling voor zover het de binnen zijn landsgrenzen werkzame werknemers betreft.

Bijzondere aandacht komt toe aan de hoofdregel en de uitzonderingssituaties van art. 16 Tiende Richtlijn. De hoofdregel van art. 16 lid 1 verwijst voor het toepasselijke medezeggenschapsregime naar het recht van de lidstaat waar de vennootschap na de fusie haar statutaire zetel vestigt. Dit is een logische keuze. Hoewel de medezeggenschap aan werknemers(vertegenwoordigers) toekomt, is het bestaan en de inhoud van het medezeggenschapsrecht niet aan de arbeidsovereenkomst maar aan de rechtsvorm van de vennootschap gekoppeld. De aanknopingspunt bij de statutaire zetel is wel opmerkelijk. Voor de (overige) vennootschapsrechtelijke aspecten van de grensoverschrijdende fusie sluit de Tiende Richtlijn namelijk aan bij de wetgeving waaronder de uit de fusie ontstane vennootschap ressorteert. Dit geldt voor het van kracht worden van de fusie, maar ook voor het recht dat de vennootschap na de fusie beheerst. Anders dan bij de medezeggenschap, heeft de Europese wetgever bij de vennootschapsrechtelijke aspecten dus geen keuze gemaakt tussen de statutaire en werkelijke zetelleer voor de bepaling van het toepasselijke recht. Voor lidstaten die de werkelijke zetelleer aanhangen kan hierdoor een discrepantie ontstaan tussen het vennootschapsrecht dat de vennootschap beheerst (werkelijke zetel) en het recht dat de medezeggenschap modelleert (statutaire zetel). In de praktijk zal dit overigens niet vaak tot problemen leiden. De

toepassing van de werkelijke zetelleer vereist in de meeste gevallen dat eveneens de statutaire zetel binnen de landsgrenzen is gelegen (zie hoofdstuk 3.3.4).

De Tiende Richtlijn bepaalt niet welk recht de toepassing van de uitzonderingen van art. 16 lid 2 reguleert. Het lijkt mij juist ook nu aan te sluiten bij het recht waar de vennootschap na de fusie haar statutaire zetel vestigt. Doorslaggevend acht ik de nauwe verbondenheid die bestaat tussen de hoofdregel en de uitzonderingen. De hoofdregel treedt eerst in werking indien de uitzonderingen niet opgaan. Vanuit die gedachte bezien, is het logisch dat hetzelfde (implementatie)recht de vormgeving van zowel de hoofdregel als de uitzonderingen beheerst.¹ Aansluiting bij het nationale recht van de deelnemende vennootschappen is bovendien geen optie. De deelnemende vennootschappen ressorteren onder de wetgeving van verschillende lidstaten en verwijzen zodoende naar verschillende rechtsstelsels.

5.3 De toetsing en gevolgen van een onjuiste implementatie

De Tiende Richtlijn is verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij is bestemd. Op de lidstaten rust de plicht tot volledige, tijdige en correcte omzetting, waarbij de keuze uit de middelen en de vorm van implementeren aan de lidstaten is overgelaten. De Commissie kan zich tot het Hof van Justitie wenden indien een lidstaat de op hem rustende verplichtingen niet nakomt (art. 258 VWEU). Ook de afzonderlijke lidstaten komt deze bevoegdheid toe (art. 259 VWEU). Daarnaast kunnen zich geschillen voordoen waarbij private partijen betrokken zijn. Denk aan een geschil over de weigering de fusie in te schrijven wegens het niet correct vaststellen van de medezeggenschap. Dit geschil doet zich binnen de Nederlandse context voor tussen een vennootschap en de notaris en/of de Kamer van Koophandel. Een voorbeeld van andere aard is een geschil tussen een vennootschap en haar werknemers over de toepasselijkheid van de hoofdregel en de uitzonderingssituaties of tussen werknemers onderling over de samenstelling van de BOG.

De beslechting van geschillen waarbij private partijen zijn betrokken, betreft een aangelegenheid van de nationale rechterlijke instanties. Bij vragen van Unierecht (zoals de uitleg van richtlijnen) geeft art. 267 VWEU de rechterlijke instanties de bevoegdheid respectievelijk de plicht² prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie. Art. 267 VWEU heeft blijkens zijn tekst en volgens vaste rechtspraak geen betrekking op het nationale recht van lidstaten. Dit betekent dat het Hof van Justitie

1 Vgl. Van Boxel (2011), p. 335. Het Nederlandse, Duitse en Belgische (implementatie)recht sluiten hierbij aan.

2 Het criterium dat art. 267 VWEU gebruikt voor het onderscheid tussen verwijzingsbevoegde en verwijzingsplichtige instanties is dat het bij de laatste variant gaat om een rechterlijke instantie waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep. Dit betekent niet dat de verwijzingsplichtige instantie verplicht is iedere vraag van gemeenschapsrecht te verwijzen. De plicht bestaat alleen indien dat noodzakelijk wordt geacht voor de oplossing van het geschil (HvJ EG 22 oktober 1987, nr. C-315/85 (*Foto-Frost*), de vraag niet reeds eerder is →

geen antwoord geeft op de vraag of een bepaalde wijze van implementeren in strijd is met het Unierecht. In de praktijk herformuleert het Hof van Justitie prejudiciële vragen op een dusdanige wijze dat het antwoord van het Hof de nationale rechter in staat stelt de betrokken nationale regeling op zijn verenigbaarheid met het Unierecht te beoordelen.³ Het blijft evenwel de nationale rechter die de conclusie trekt of een nationale bepaling verenigbaar is met het Unierecht. Door het bindende karakter van een arrest is de nationale rechter wel gehouden het voor hem aanhangige geschil af te doen op een wijze dat de volle werking van het Unierecht wordt gegarandeerd.

Het is dus de nationale rechter die beslist – eventueel na het stellen van een prejudiciële vraag – of het implementatierecht in strijd is met de Tiende Richtlijn. Is dit het geval, dan kan de nationale rechter in een verticale verhouding (burger versus staat) aan de richtlijn directe werking toekennen indien de betreffende bepaling uit de richtlijn voldoende duidelijk, nauwkeurig en onvoorwaardelijk is.⁴ Hiermee wordt voorkomen dat lidstaten profiteren van hun eigen nalatigheid Europese richtlijnen correct om te zetten in nationaal recht.⁵ Volgens het Hof van Justitie moet het begrip ‘staat’ ruim worden uitgelegd. Naast decentrale overheden en semioverheden, vallen hieronder ook openbare bedrijven die over bijzondere bevoegdheden beschikken die verder gaan dan die welke voortvloeien uit de regels die in de relaties tussen particulieren gelden. Denk aan lichamen die, ongeacht hun rechtsvorm, krachtens een overheidsmaatregel zijn belast met de uitvoering van een dienst van openbaar belang.⁶ Ook de instantie die op grond van de artt. 10 en 11 Tiende Richtlijn toezicht uitoefent op de rechtmatigheid van de grensoverschrijdende fusie valt hieronder.

In horizontale verhoudingen (burger versus burger) gaat het Hof van Justitie minder ver. Het Hof overwoog in het arrest *Marshall* dat een richtlijn uit zichzelf geen verplichtingen aan particulieren oplegt en dat een bepaling van een richtlijn als zodanig niet jegens een particulier kan worden ingeroepen.⁷ Op dit verbod tot

beantwoord (HvJ EG 27 maart 1963, nr. C-28-30/62 (*Da Costa*)), de vraag niet kan worden opgelost aan de hand van de vaste rechtspraak van het Hof (HvJ EG 6 oktober 1982, nr. C-283/81 (*Cilfit*)) en de betrokken regel van Unierecht niet zo duidelijk is dat er bij de nationale rechter redelijkerwijs geen twijfel kan bestaan over het antwoord op de vraag.

3 Barents (2002), p. 312.

4 De belangrijke eerste stappen heeft het Hof van Justitie gezet in het arrest van 4 december 1974, nr. C-41/74 (*Van Duyn*) en het arrest van 5 april 1979, nr. C-148/78 (*Ratti*). De directe werking leidt er in beginsel toe dat de strijdige norm van nationaal recht opzij wordt gezet. Meer omvattend Wissink (2001), p. 49.

5 De directe werking in de verhouding burger versus staat kan nadelige gevolgen hebben voor een derde particuliere partij (HvJ EG 22 juni 1989, nr. C-103/88 (*Fratelli Costanzo*)).

6 HvJ EG 22 juni 1989, nr. C-103/88 (*Fratelli Costanzo*); HvJ EG 12 juli 1990, nr. C-188/89, *NJ* 1992/762 (*Foster*); HvJ EG 7 september 2006, nr. C-108/04 (*Vassallo*).

7 HvJ EG 26 februari 1986, nr. C-152/84 (*Marshall*). In het arrest *Faccini Dori* overwoog het Hof van Justitie andermaal dat een horizontale directe werking van richtlijnen niet acceptabel is (HvJ EG 14 juli 1994, nr. C-91/92, *NJ* 1995/321).

directe werking heeft het Hof van Justitie in de loop der jaren enkele nuances gemaakt.

Ten eerste rust op de nationale rechters de verplichting het nationale recht zo veel mogelijk uit te leggen in het licht van de richtlijn (richtlijnconforme interpretatie).⁸ De plicht hiertoe bestaat vanaf het moment dat de omzettingstermijn van de betreffende richtlijn is verstreken⁹ en geldt voor al het nationale recht, hetzij daterend voor, hetzij daterend na de richtlijn.¹⁰ De richtlijnconforme interpretatie kan niet dienen als grondslag voor een uitleg *contra legem*.¹¹ Met andere woorden: de verplichting bereikt haar grens indien het formuleren van een conforme oplossing neerkomt op een daad van wetgeving. Ook algemene rechtsbeginselen kunnen grenzen stellen aan de richtlijnconforme uitleg. Dit heeft het Hof van Justitie voor het eerst aanvaard in het arrest *Kolpinghuis Nijmegen*.¹² Het ging om het rechtszekerheidsbeginsel.¹³ Een particulier kon niet worden geconfronteerd met verplichtingen die hij redelijkerwijs niet had kunnen verwachten. In het arrest *Arcaro* leek het Hof van Justitie zelfs zo ver te gaan dat de geringste nadelige uitkomst voor een particulier reeds een richtlijnconforme uitleg uitsloot.¹⁴ Nu in het civiele recht een recht voor een particulier vrijwel altijd een verplichting voor een ander schept, zou hiermee het nut van richtlijnconforme uitleg praktisch komen te vervallen. Dit lijkt niet beoogd. Betlem beschouwt het laatste arrest als een *slip of the pen*. Volgens hem speelt het rechtszekerheidsbeginsel met name een rol in een strafrechtelijke context.¹⁵

Een tweede nuance betreft de door het Hof van Justitie geïntroduceerde leer van staatsaansprakelijkheid. Indien richtlijnconforme interpretatie niet mogelijk is, kan een particulier van de lidstaat een schadevergoeding vorderen wanneer zijn rechten zijn aangetast als gevolg van een schending van Unierecht die aan de lidstaat toerekenbaar is.¹⁶ De voorwaarden voor staatsaansprakelijkheid zijn: (i) het door de richtlijn voorgeschreven resultaat houdt de toekenning van rechten aan particulieren

8 Het Hof van Justitie introduceerde de richtlijnconforme interpretatie in zijn arrest *Marleasing* van 13 november 1990, nr. C-106/89, *NJ* 1993/163. In dit arrest betrof het een onjuist omgezette richtlijnbevestiging, maar uit de vervolgiurisprudentie blijkt dat hetzelfde geldt bij te late of niet omgezette richtlijnbevestigingen.

9 HvJ EG 4 juli 2006, nr. C-212/04, *NJ* 2006/593, *JAR* 2006/175 m.nt. Verhulp (*Adeneler*).

10 Zie o.a. HvJ EG 5 oktober 2004, nrs. C-397/01 t/m C-402/01, *NJ* 2005/333, *JAR* 2004/261 (*Pfeiffer*).

11 HvJ EG 16 juni 2005, nr. C-105/03, *NJ* 2006/500 (*Pupino*) en HvJEG 23 april 2009, nr. C-378/07 t/m C-280/07, *JAR* 2009/148 (*Angelidaki*).

12 HvJ EG 8 oktober 1987, nr. C-80/86 (*Kolpinghuis Nijmegen*).

13 Betlem (2009), p. 125.

14 HvJ EG 26 september 1996, nr. C-168/95, *NJ* 1997/506 (*Arcaro*).

15 Betlem (2009), p. 126 verwijst ter onderbouwing naar HvJ EG 7 januari 2004, nr. C-60/02, *IER* 2004/30 (*Rolex*) en HvJ EG 3 mei 2005, nrs. C-387/02, C-391/02 en C-403/02, *NJ* 2006/2 m.nt. Mok (*Berlusconi*). Volgens Betlem blijkt uit deze arresten de specificiteit van de strafrechtelijke context waarin men het rechtszekerheidsbeginsel moet beschouwen.

16 HvJ EG 19 november 1991, nrs. C-6/90 en C-9/90, *NJ* 1994/2 (*Francovich*) en HvJ EG 5 maart 1996, nrs. C-46/93 en C-48/93, *NJ* 1997/145 (*Brasserie du Pêcheur*).

in, (ii) de inhoud van die rechten kan worden vastgesteld op basis van de bepalingen van de richtlijn en (iii) er bestaat een causaal verband bestaat tussen de schending van de op de staat rustende verplichting en de door de benadeelde personen geleden schade. Een laatste nuance volgt uit de arresten *Mangold*¹⁷ en *Küçükdeveci*.¹⁸ Het Hof van Justitie oordeelde in deze arresten dat rechters een nationale bepaling die strijdig is met richtlijnbevestigingen die algemene beginselen van Europees recht preciseren, buiten toepassing moet laten. Doordat het Hof van Justitie in *Küçükdeveci* vooropstelt dat richtlijnen geen horizontale werking hebben, lijkt het erop dat niet de richtlijn maar het rechtsbeginsel van Unierecht doorwerkt in de horizontale verhouding. Het gaat strikt genomen niet om een directe horizontale werking. De nationale rechtsregel blijft buiten toepassing als een consequentie van de voorrang van het Unierecht.¹⁹ De exacte reikwijdte van de arresten is (nog) onduidelijk. Twijfel bestaat of de doorwerking een verplichting kan opleggen aan particulieren. Een andere onduidelijkheid betreft de vraag of de doorwerking slechts betrekking heeft op de algemene beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie of tevens andere algemene rechtsbeginselen van Unierecht omvat.²⁰

5.4 Nederland

5.4.1 Implementatiewetgeving

De Tiende Richtlijn is in Nederland geïmplementeerd bij Wet van 27 juni 2008 tot wijziging van boek 2 BW (Wet grensoverschrijdende fusies).²¹ De wet is in werking getreden op 15 juli 2008.²² De Nederlandse wetgever heeft de uiterlijke implementatietermijn met bijna acht maanden overschreden. Met de wet is aan boek 2 BW een nieuwe afdeling 3A toegevoegd. Deze afdeling bevat specifieke bepalingen voor de grensoverschrijdende fusie (art. 2:333b t/m 2:333l BW). Tevens is het toepassingsbereik van art. 2:308 BW aangepast in die zin dat het Nederlandse kapitaalvennootschappen en S(C)E's wordt toegestaan grensoverschrijdend te

17 HvJ EG 22 november 2005, nr. C-144/04, NJ 2006/227, JAR 2005/289 (*Mangold*).

18 HvJ EU 19 januari 2010, nr. C-555/07, NJ 2010/256, JAR 2010/53 (*Küçükdeveci*).

19 Prinsen (2004) gaat uitgebreid in op het onderscheid tussen de leerstukken directe werking en voorrang.

20 Zie over het onderwerp nader het lezenswaardige artikel van De Waele & Kieft (2010).

21 Wet van 27 juni 2008 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de implementatie van richtlijn nr. 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen (*PbEU* 2005, L 310), *Stb.* 2008, 260.

22 Besluit van 3 juli 2008 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de wet van 27 juni 2008 houdende wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de implementatie van richtlijn nr. 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen (*PbEU* 2005, L 310), *Stb.* 2008, 261.

fuseren. Bij twee wetsartikelen is een technische wijziging doorgevoerd,²³ waardoor de bepalingen inzake nationale fusies van overeenkomstige toepassing zijn op de grensoverschrijdende variant. Dit geniet uitzondering indien de toepassing in strijd is met of expliciet buiten toepassing is verklaard door de bepalingen van afdeling 3A. Dit is conform art. 4 lid 1 (a) Tiende Richtlijn.

De medezeggenschapsregeling van art. 16 Tiende Richtlijn is geïmplementeerd in een nieuw art. 2:333k BW. Net als de Tiende Richtlijn verwijst de Nederlandse implementatie naar de toepasselijke bepalingen uit de Wet rol werknemers bij Europese rechtspersonen (WRW).²⁴ Art. 2:333k bevat slechts de op de SE-Richtlijn aanvullende bepalingen. Anders dan de Adviescommissie vennootschapsrecht acht ik dit een weinig efficiënte opzet. De verwijzing maakt de al complexe medezeggenschapsbepaling nog moeilijker leesbaar. De opzet vereist dat men de twee wetten naast elkaar legt, waarbij de WRW niet eens geheel maar slechts gedeeltelijk van overeenkomstige toepassing is verklaard (soms zelfs enkele leden van een artikel). Het vinden van de toepasselijke bepalingen is zo een lastige opgave. VNO-NCW heeft de Minister van Justitie hier op gewezen. De Minister heeft desondanks vastgehouden aan de verwijzing. Het uitschrijven van twintig artikelen zou de regeling evenmin toegankelijk maken. Deze redenering acht ik weinig overtuigend. Veel wetten omvatten meer dan twintig artikelen en dat is nooit een argument geweest een wet niet uit te schrijven. Bij de implementatie van de Richtlijn inzake de rol van werknemers bij de SCE is overigens wel gekozen voor het opnieuw uitschrijven van de bepalingen, terwijl die regeling meer overeenkomsten kent met de rol van werknemers bij een SE dan de medezeggenschapsregeling uit de Tiende Richtlijn. Deze andere systematiek is wellicht te verklaren doordat het Ministerie van Sociale Zaken de implementatie van de Richtlijn inzake de rol van werknemers bij een SCE heeft behandeld en niet het Ministerie van Justitie. Kennelijk achtte de Minister van Sociale Zaken het opnieuw uitschrijven van de bepalingen geen onoverkomelijk probleem.

5.4.2 De wettelijke mogelijkheden tot grensoverschrijdend fuseren

Het instrument van een grensoverschrijdende fusie staat open voor Nederlandse kapitaalvennootschappen en de SCE²⁵ (art. 2:333b BW). Hoewel de SE niet expliciet wordt genoemd, valt ook deze vennootschap onder het toepassingsbereik.²⁶ De Nederlandse wetgever heeft het toepassingsbereik van de Tiende Richtlijn niet

²³ Dit betreft de artt. 2:311 en 2:334 BW.

²⁴ Wet van 17 maart 2005 tot uitvoering van richtlijn 2001/86/EG van de Raad van de Europese Unie met betrekking tot de rol van de werknemers (*PbEG* 2001, L 294), *Stb.* 2005, 166.

²⁵ De SCE als coöperatie blijft in dit onderzoek buiten beschouwing.

²⁶ Een SE wordt voor alle onderwerpen die niet in de SE-Verordening zijn geregeld beschouwd als een naamloze vennootschap. Dit volgt uit de artt. 9 en 10 SE-Verordening. Ook de memorie van toelichting geeft expliciet te kennen dat de SE onder het toepassingsbereik van de regeling valt, zie *Kamerstukken II* 2006/07, 90 939, nr. 3, p. 9.

uitgebreid naar andere nationale rechtsvormen, zoals coöperaties,²⁷ stichtingen en verenigingen. Als reden wordt genoemd dat het nationale recht van deze rechtsvormen niet is geharmoniseerd, waardoor het niet eenvoudig is te bepalen of buitenlandse rechtsvormen zodanige gelijkenis vertonen dat ze zijn te beschouwen als rechtspersonen met dezelfde rechtsvorm. Bovendien vond de Minister van Justitie de uitbreiding een ingewikkelde en gezien de korte implementatietermijn tijdrovende bezigheid die in de praktijk wellicht niet aan het doel zou beantwoorden vanwege het ontbreken van gelijkgestelde buitenlandse voorschriften.²⁸ De CDA-fractie in de Eerste Kamer heeft deze argumenten ter discussie gesteld. Volgens de CDA-fractie rijzen op grond van de vestigingsvrijheid diverse vragen bij de beoordeling van een grensoverschrijdende fusie van andere rechtspersonen. Bovendien wordt gewezen op een te sterke afhankelijkheid van de inzichten en handelwijzen van de notaris die moet beoordelen of er een dwingende reden is om de fusie niet toe te staan.²⁹ Deze onduidelijkheid zou te voorkomen zijn door de Tiende Richtlijn ook op andere rechtspersonen van toepassing te verklaren. De Minister van Justitie heeft echter aan zijn eerder genoemde argumenten vastgehouden en geweigerd de reikwijdte te verbreden.³⁰ De Raad van State onderschrijft deze keuze in grote lijnen.³¹

De vereisten waaraan kapitaalvennootschappen moeten voldoen om grensoverschrijdend te kunnen fuseren, lijken op het eerste gezicht ruimer te zijn dan de Tiende Richtlijn voorschrijft. Art. 2:333c BW bepaalt dat Nederlandse kapitaalvennootschappen grensoverschrijdend kunnen fuseren met vennootschappen die *'zijn opgericht naar het recht van een andere lidstaat'*.³² Daarnaast verlangt art. 2:333b BW dat het gaat om een kapitaalvennootschap *'naar het recht van een andere lidstaat van de Europese Unie of de Europese Economische Ruimte'*. Uit de tekst wordt niet duidelijk of de tweede eis een herhaling is van de voorwaarde dat de vennootschap in overeenstemming met het recht van een lidstaat moet zijn opgericht of (tevens) vereist dat de vennootschap moet ressorteren onder de wetgeving van een andere lidstaat. Wordt art. 2:333b BW gelezen in het licht van 2:333c BW dan kan men concluderen dat de bepaling slechts ziet op het oprichtingsvereiste. Doordat Nederland het derde vereiste niet heeft geïmplementeerd (inhoudende dat de statutaire zetel, het hoofdbestuur of de hoofdvestiging binnen de Europese Unie

27 De Nederlandse coöperatie valt niet onder de definitie van art. 2 lid 1 (b) Tiende Richtlijn wegens het ontbreken van een wettelijke kapitaalstructuur.

28 *Kamerstukken II* 2006/07, 90 929, nr. 3, p. 3.

29 *Kamerstukken I* 2007/08, 30 929, B, p. 2.

30 *Kamerstukken I* 2007/08, 30 929, C, p. 2.

31 *Kamerstukken II* 2006/07, 30 929, nr. 5, p. 2.

32 Anders dan in de Tiende Richtlijn stelt art. 2:333c lid 1 BW niet uitdrukkelijk de eis dat het moet gaan om een oprichting *in overeenstemming met* het betreffende recht. Volgens Van Eck & Roelofs (2010), p. 4 ligt een dergelijke uitleg wel voor de hand, waarbij zij opmerken dat gebreken in de oprichting niet noodzakelijk de mogelijkheid partij te zijn bij een grensoverschrijdende fusie hoeven te beletten

is gelegen), zou dit betekenen dat een Nederlandse kapitaalvennootschap grensoverschrijdend kan fuseren met bijvoorbeeld een Luxemburgse vennootschap die haar statutaire en werkelijke zetel heeft verplaatst naar een niet EU-lidstaat.³³

Deze uitkomst is niet bedoeld. Dit leid ik af uit de memorie van toelichting waarin is opgemerkt dat *‘de in artikel 1 van de richtlijn gestelde eis dat de betrokken vennootschappen hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Unie hebben, niet behoeft te worden vastgelegd, nu de wetgeving van de EU lidstaten al pleegt aan te knopen bij de statutaire zetel danwel de feitelijke zetel.’* Deze zinsnede stelt voorop dat de buitenlandse vennootschap wordt beheerst door het recht van een lidstaat.³⁴ De wetgever bevestigde deze zienswijze met de stelling dat de uitbreiding tot vennootschappen buiten de Europese Unie niet is beoogd.³⁵ Van een uitbreiding ten opzichte van de Tiende Richtlijn is dan ook geen sprake.

Rechtspersonen kunnen alleen fuseren met rechtspersonen van dezelfde rechtsvorm.³⁶ Een redelijke uitleg brengt mee dat een fusie met gelijksoortige buitenlandse kapitaalvennootschappen geoorloofd is.³⁷ Vanuit Nederlands perspectief zijn de volgende grensoverschrijdende fusievormen toegestaan: de fusie door overname, de fusie door oprichting en de concernfusie. Wat de laatste variant betreft, is de fusie bij bestuursbesluit mogelijk zonder een accountantsverklaring (vereenvoudigde regime). Het is onduidelijk of het vereenvoudigde regime van toepassing is op de grensoverschrijdende zusterfusie. Bij deze fusievariant fuseren twee vennootschappen waarvan alle aandelen worden gehouden door één natuurlijk of rechtspersoon. In een nationale context geldt het vereenvoudigde regime (art. 2:333 lid 2 BW). Nu de Tiende Richtlijn ertoe strekt grensoverschrijdende fusies te vergemakkelijken ben ik voorstander van een analoge toepassing in een grensoverschrijdende context, mits het nationale recht van alle bij de fusie betrokken vennootschappen in deze mogelijkheid voorziet.³⁸

Het Nederlandse recht kent nog twee andere fusievormen. De eerste is de grensoverschrijdende fusie tussen twee buitenlandse vennootschappen waarbij een Nederlandse vennootschap wordt opgericht (art. 2:333c lid 1 tweede zin BW). De tweede betreft de *inbound* grensoverschrijdende driehoeksfusie (art. 2:333c lid 3 BW).³⁹ Hoewel de Tiende Richtlijn deze varianten niet kent, sluit zij het ook niet

33 Evenzo Van Veen (2007).

34 In dezelfde zin Van Eck & Roelofs (2010), p. 5.

35 *Kamerstukken II* 2006/07, 30 929, nr. 7, p. 4.

36 Dit volgt uit art. 2:310 lid 1 en 3 BW dat ook op de grensoverschrijdende fusie van toepassing is. De Tiende Richtlijn laat een dergelijk vereiste toe op grond van art. 4 lid 1 (a).

37 Schutte-Veenstra (2010), p. 418.

38 Zie ook Zaman, Van Eck & Roelofs (2009), p. 190; Schutte-Veenstra (2010), p. 420. De auteurs motiveren hun standpunt echter niet.

39 Alleen de – vanuit Nederlandse optiek – *inbound* grensoverschrijdende driehoeksfusie is in de wet opgenomen. Dit betekent dat zowel de verkrijgende vennootschap als de (moeder)vennootschap die de aandelen toekent aan de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap, vennootschappen moeten zijn met zetel in Nederland.

uit. Het is niet vereist dat het recht van de lidstaat van de verdwijnende vennootschap de fusievariant toestaat. Met verwijzing naar het arrest *Cartesio* meen ik dat de oprichtingslidstaat van de verdwijnende vennootschap de fusie niet kan belemmeren nu Nederland als ontvangstlidstaat de fusie toestaat, mits er geen dwingende redenen van algemeen belang zijn (zie hoofdstuk 2.8.2).

5.4.3 Het medezeggenschapsbegrip

5.4.3.1 Definitie van medezeggenschap

De medezeggenschapsbepaling uit de Tiende Richtlijn is geïmplementeerd in art. 2:333k BW. Voor de definitie van medezeggenschap verwijst lid 1 naar de WRW. De in art. 1:1 WRW opgenomen definitie luidt:

‘de invloed van de ondernemingsraad of van de werknemersvertegenwoordigers op de gang van zaken bij een vennootschap door

1. *het recht om een aantal leden van het toezichthoudend of het bestuursorgaan van de vennootschap te kiezen of te benoemen, of*
2. *het recht om met betrekking tot de benoeming van een aantal of alle leden van het toezichthoudend of het bestuursorgaan van de vennootschap aanbevelingen te doen of bezwaar te maken;*

met dien verstande, dat indien het bestuursorgaan overeenkomstig een onderlinge taakverdeling leden heeft die belast zijn met het uitvoerend bestuur en leden die daarmee niet zijn belast, onder medezeggenschap wordt verstaan het recht ten aanzien van de leden die niet zijn belast met het uitvoerend bestuur’

Hoewel de Tiende Richtlijn – op de eerste uitzondering na – niet expliciet aangeeft dat de definitie uit de SE-Richtlijn op een grensoverschrijdende fusie van overeenkomstige toepassing is, blijkt uit de parlementaire stukken dat de Europese wetgever bij deze definitie aansluiting heeft gezocht. Het valt toe te juichen dat de Nederlandse wetgever een duidelijke definitie inzake medezeggenschap heeft opgenomen. Het begrip medezeggenschap heeft in de Nederlandse context gewoonlijk een andere betekenis dan wat daarmee in de Tiende Richtlijn wordt bedoeld.⁴⁰ Naast het voorkomen van spraakverwarring, vergroot de definitie de toepasbaarheid van de complexe regeling inzake medezeggenschap.

Wel heb ik bezwaar tegen de verwijzing naar de definitie in de WRW. Er bestaat namelijk een essentieel verschil tussen beide definities. De definitie in de WRW plaatst medezeggenschap ten aanzien van het leidinggevende orgaan buiten het toepassingsbereik (zie de laatste alinea van de hierboven geciteerde definitie), terwijl het medezeggenschapsbegrip uit de Tiende Richtlijn deze invloed wel omvat.

⁴⁰ In Nederland wordt onder het begrip medezeggenschap in beginsel zowel de vennootschappelijke als de ondernemingsrechtelijke medezeggenschap geschaard (vgl. hoofdstuk 1.8.3).

Met de verwijzing naar de WRW heeft de Nederlandse wetgever niet alleen verzuimd de toevoeging te implementeren, maar is de definitie zelfs onjuist weergegeven. Uit de parlementaire stukken blijkt niet dat de Nederlandse wetgever bewust van de Tiende Richtlijn is afgeweken. Het lijkt eerder het gevolg van een niet doordachte verwijzing. Om die reden acht ik correctie van de nationale regeling via richtlijnconforme interpretatie mogelijk. Beter zou het zijn wanneer de juiste definitie alsnog in een nieuw eerste lid van art. 2:333k BW wordt opgenomen.

5.4.3.2 Reikwijdte ten aanzien van de Nederlandse medezeggenschapsrechten

Medezeggenschapsrechten die zich richten op de juridische entiteit van de vennootschap kunnen als gevolg van een grensoverschrijdende fusie komen te vervallen. Wat het Nederlandse recht betreft, valt in de eerste plaats te denken aan de structuurbevoegdheden uit de structuurregeling (art. 2:158/168 BW). De ondernemingsraad heeft in structuurvennootschappen een aanbevelingsrecht ten aanzien van alle leden en een versterkt aanbevelingsrecht ten aanzien van een derde van de leden van de raad van commissarissen in een dualistische bestuursstructuur. Sinds 1 januari 2013 gelden deze bevoegdheden op een gelijke wijze bij de benoeming van de niet-uitvoerende bestuurders in een monistische bestuursstructuur. Ook het op 1 juli 2010 in werking getreden spreekrecht van de ondernemingsraad bij de benoeming van bestuurders en commissarissen in een NV knoopt aan bij de rechtsvorm van de vennootschap (artt. 2:134a en 2:144a BW). Dit geldt niet voor het adviesrecht van art. 30 WOR, nu het recht hierop van de rechtsvorm onafhankelijk is. Het adviesrecht richt zich op de benoeming van de bestuurder van de onderneming in de zin van de WOR en niet op de in de WOR bedoelde ondernemer.⁴¹

Om te worden beschermd bij een grensoverschrijdende fusie, moeten het aanbevelingsrecht en het spreekrecht vallen binnen het bereik van art. 16 Tiende Richtlijn. Over de versterkte aanbevelingsrechten bestaat geen twijfel; dat is Europese medezeggenschap. Discussie is mogelijk over de algemene aanbevelingsrechten en het spreekrecht. Kenmerkend voor deze rechten is dat de het tot voordracht dan wel tot benoeming bevoegde orgaan de aanbeveling dan wel het standpunt van de ondernemingsraad naast zich kan neerleggen. De parlementaire geschiedenis van de SE-Richtlijn noch de Tiende Richtlijn stelt deze kwestie aan de orde. Dat is niet vreemd. Ten tijde van de totstandkoming van de SE-Richtlijn zag

41 Volgens Kingma (2013), p. 6 gaat deze redenering voorbij aan het feit dat vennootschappelijke medezeggenschapsniveaus worden gewogen ter vaststelling van de sterkte van de verschillende niveaus in de lidstaten. Ik begrijp niet goed waar Kingma op doelt. Ook indien het adviesrecht van art. 30 WOR voorafgaand aan de fusie betrekking had op de benoeming van een statutair bestuurder heeft de fusie niet tot gevolg dat het adviesrecht komt te vervallen. Ook na de fusie is de benoeming van de bestuurder in de zin van de WOR aan het adviesrecht van art. 30 WOR onderwerpen. Het feit dat niet de statutair bestuurder maar een ander persoon na de fusie voldoet aan de definitie van bestuurder in de zin van de WOR, maakt niet dat het adviesrecht door de fusie wordt bedreigd op een wijze zoals in de Tiende Richtlijn is bedoeld.

het Nederlandse medezeggenschapslandschap er anders uit. Tot 2004 was het aanbevelingsrecht van de ondernemingsraad nog verbonden aan een bindend bezwaarrecht (art. 2:158 BW oud). Het is zeer aannemelijk dat de Europese wetgever bij de totstandkoming van de SE-Richtlijn met de tekst '*het recht om met betrekking tot een aantal of alle leden aanbevelingen te doen of bezwaar te maken*' in de medezeggenschapsdefinitie van art. 2 (k) de toenmalige Nederlandse systematiek voor ogen had. Deze uitleg ligt voor de hand nu – bij mijn weten – geen enkele andere lidstaat een aanbevelings- of bezwaarrecht kent.

Roest is stellig in haar standpunt dat de Europese medezeggenschapsdefinitie het algemene aanbevelingsrecht niet omvat.⁴² Zij verwijst naar Europese rapporten waarin het algemene aanbevelingsrecht niet wordt genoemd als zijnde Europese medezeggenschap. Dit argument acht ik weinig overtuigend. De rapporten waarnaar Roest verwijst zijn opgesteld door Kluge & Stollt en geven niet meer dan de visie van deze opstellers weer.⁴³ Voorts blijkt niet dat Kluge & Stollt zich de vraag hebben gesteld of het algemene aanbevelingsrecht – naast het versterkte aanbevelingsrecht – relevant kan zijn. In hoofdstuk 3.4.4 heb ik uiteengezet te verwachten dat het Hof van Justitie het medezeggenschapsbegrip ruim zal interpreteren en daaronder ook de medezeggenschapsrechten zal vatten waarvan de uitkomst niet juridisch afdwingbaar is. De ruime definitie van art. 1:1 WRW sluit hierbij aan. Dat houdt in dat zowel het algemene aanbevelingsrecht als het spreekrecht valt onder het Europese begrip van medezeggenschap. Dat in tegenstelling tot het algemene aanbevelingsrecht geen sanctie staat op de niet-naleving van het spreekrecht, doet in de ruime uitleg van het Europese medezeggenschapsbegrip niet ter zake. Ook het feit dat het spreekrecht als zodanig niet onder één van de genoemde medezeggenschapsvormen valt, doet hier niet aan af. Niet de kwalificatie, maar het feitelijke effect van het recht is doorslaggevend. Nu het spreekrecht is gericht op de vennootschap in de rechtsvorm van een NV en aan de werknemers het recht geeft bezwaar te maken tegen de benoeming van het leidinggevende, toezichthoudende en/of bestuursorgaan moet worden aangenomen dat dit recht onder de Europese medezeggenschapsdefinitie valt. Een andere uitleg biedt lidstaten de mogelijkheid het medezeggenschapsbegrip eenvoudig te manipuleren.

Tot slot moet niet worden vergeten dat het in een niet-structuurvennootschap mogelijk is om bij statuten te bepalen dat de benoeming geschiedt uit een voordracht (hetgeen feitelijk neerkomt op een aanbeveling) van de ondernemingsraad (art. 2:132/242 lid 2 BW). Dit geldt evenzo voor de benoeming van commissarissen (art. 2:142/252 lid 2 BW). Daarnaast kunnen de statuten bepalen dat één of meer commissarissen, doch ten hoogste een derde van het gehele aantal, door werknemers dan wel de

42 Roest (2007), p. 711. Enzo Van Boxel (2011), p. 336-336, die zich (zonder nadere motivering) aansluit bij de visie van Roest.

43 N. Kluge & M. Stollt, 'The European Company – Prospects for worker board-level participation in the enlarged EU', Brussel: SDA en Etui-REHS 2006, p. 85.

ondernemingsraad worden benoemd. Ook deze werknemersrechten – indien statutair overeengekomen – vallen binnen het Europese medezeggenschapsbegrip.

5.4.4 Hoofdregel en uitzonderingen

Art. 2:333k lid 2 BW noemt de situaties die nopen tot het voeren van onderhandelingen over de medezeggenschap. De onderdelen (a) en (b) implementeren de eerste twee uitzonderingen van art. 16 lid 2 Tiende Richtlijn. De derde uitzondering behoeft volgens de Nederlandse wetgever geen implementatie. De opmaak van art. 2:333k lid 2 BW maakt duidelijk dat de Nederlandse wetgever in art. 16 lid 2 Tiende Richtlijn drie afzonderlijke uitzonderingen onderscheidt. Ik betwijfel of de wetgever zich heeft afgevraagd of het vereiste van meer dan 500 werknemers eventueel een drempelvoorwaarde betreft. De parlementaire documenten gaan hier niet op in. Dat neemt niet weg dat ik eerder heb gesteld dat ook de Europese wetgever heeft bedoeld drie uitzonderingen op te nemen (vgl. hoofdstuk 3.5.2). De Nederlandse implementatie sluit hier terecht bij aan.

5.4.4.1 Hoofdregel

De hoofdregel die inhoudt dat de uit de fusie ontstane vennootschap is onderworpen aan het medezeggenschapsrecht van de lidstaat waar zij haar statutaire zetel vestigt, is niet in art. 2:333k BW geïmplementeerd. De Nederlandse wetgever achtte implementatie overbodig. Een motivering ontbreekt, maar heeft vermoedelijk van doen met het feit dat de hoofdregel ook zonder implementatie gelding heeft. De artt. 10:118 en 119 BW sluiten voor het toepasselijke recht reeds aan bij de statutaire zetel van een vennootschap. Hierop valt weinig af te dingen, al was het voor degenen die de complexe tekst inzake medezeggenschap trachten te doorgronden prettiger geweest als de hoofdregel desondanks in art. 2:333k BW was vermeld.

Krachtens de hoofdregel is een uit de fusie ontstane Nederlandse vennootschap onderworpen aan de medezeggenschapsbepalingen van de structuurregeling, mits dit regime op de betreffende vennootschap van toepassing is. Dit is het geval indien de verkrijgende Nederlandse vennootschap voorafgaand aan de fusie reeds een structuurvennootschap was. Door de wettelijke uitlooperperiode van drie jaren is dit niet anders indien de verkrijgende structuurvennootschap na de fusie niet langer aan de materiële voorwaarden inzake minimumkapitaal en personeelsomvang voldoet.⁴⁴ Aan de andere kant heeft de inlooperperiode van drie jaar tot gevolg dat een verkrijgende of nieuw opgerichte Nederlandse vennootschap die eerst als gevolg van de fusie aan de materiële voorwaarden van de structuurregeling voldoet, niet direct verplicht is tot toepassing. Uiteraard kan de structuurregeling wel vrijwillig worden toegepast. Dit kan voor de fuserende partijen voordelig zijn om onderhandelingen te

⁴⁴ Dit volgt uit art. 2:154/264 lid 2 BW. De uitlooptijd van drie jaren geldt niet indien een wettelijke vrijstelling van de opgaafplicht op de vennootschap van toepassing wordt (art. 2:153/263 lid 3 BW).

voorkomen (zie hierna paragraaf 5.4.4.3). Indien de uit de fusie ontstane vennootschap een NV is, heeft de hoofdregel tevens tot gevolg dat het spreekrecht gelding heeft.

5.4.4.2 Uitzondering 1: grote ondernemingen

De eerste uitzondering is geïmplementeerd in art. 2:333k lid 2 (a) BW. Deze bepaling acht – net als haar evenknie uit de Tiende Richtlijn – voor de 500-grens de werknemers van de fuserende (d.w.z. deelnemende) vennootschappen bepalend. De werknemers van betrokken dochterondernemingen en buitenlandse vestigingen tellen niet mee. Voor het werknemersbegrip sluit de WRW aan bij het nationale recht waar een persoon werkzaam is. Deze aansluiting maakt niet duidelijk of uitzendkrachten en gedetacheerden meetellen voor het 500-criterium. Art. 2:333k lid 2 (a) BW spreekt van werknemers die bij de fuserende vennootschap ‘werkzaam zijn’. Deze formulering wijkt af van de Tiende Richtlijn die uitgaat van ‘*de fuserende vennootschap die (...) 500 werknemers heeft*’. De Nederlandse wetgever heeft de betekenis van het begrip ‘werkzaam zijn’ niet toegelicht. In boek 2 BW komt het begrip ‘werkzaam zijn’ eveneens voor in art. 2:153/163 lid 2 (c) BW inzake de structuurregeling. De meerderheid van de auteurs meent dat in de structuurregeling is bedoeld op de arbeidskrachten die feitelijk werkzaamheden verrichten in de onderneming van de betreffende vennootschap.⁴⁵ Irrelevant is of de arbeidskracht met de betreffende vennootschap een arbeidsovereenkomst heeft. Het is aannemelijk dat een zelfde redenering geldt bij de toepassing van de eerste uitzondering.

Naast de 500-grens moet op de fuserende vennootschap een ‘*regeling met betrekking tot medezeggenschap*’ van toepassing zijn. Hieraan is voldaan indien op de betrokken vennootschap de structuurregeling van toepassing is, maar ook indien de niet-structuur NV aan het spreekrecht is onderworpen. In mijn visie voldoet de vrijgestelde afhankelijke vennootschap niet aan het vereiste. Hoewel de wettekst spreekt van een ‘*regeling met betrekking tot medezeggenschap*’ – hetgeen bij uitstek ruimte biedt voor een breed toepassingsbereik – wordt de medezeggenschap van de werknemers werkzaam in de afhankelijke maatschappij niet bedreigd op het moment dat de afhankelijke vennootschap bij de fusie als de deelnemende vennootschap optreedt. De moedervernootschap is geen onderwerp van de Tiende Richtlijn en is na de fusie op een gelijke wijze gehouden de werknemers van afhankelijke maatschappijen bij de uitoefening van de medezeggenschap te betrekken (zie uitgebreid hoofdstuk 6.2.6.2).

⁴⁵ Zie o.a. Asser, Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* (2009), nr. 527; Bartman & Dorrestein (2009), p. 136; Verburg (2007a), p. 94; De Nijs Bik (2004), p.17; Raaijmakers (1998), p. 30. Anders Losbl. Rp. (Wezeman), art. 2:153 BW, aant. 5 en 10.

5.4.4.3 Uitzondering 2: 'hoogste aantal-doctrine'

Art. 2:333k lid 2 (b) BW implementeert de uitzondering inzake 'de hoogste aantal-doctrine'. Volgens de tekst van art. 2:333k lid 2 (b) BW treedt het alternatieve regime in werking indien bij één van de fusierende vennootschappen een medezeggenschapsregeling geldt en op de Nederlandse verkrijgende vennootschap⁴⁶ de structuurregeling niet van toepassing is. Met andere woorden: is de Nederlandse verkrijgende vennootschap geen structuurvennootschap, dan treedt het alternatieve regime in werking indien één van de andere (buitenlandse) deelnemende vennootschappen een medezeggenschapsregeling kent.

Art. 2:333k lid 2 (b) BW sluit aan bij de toepasselijkheid van de structuurregeling. Ook de vennootschap die is onderworpen aan het gematigde regime voldoet hieraan.⁴⁷ Dit geldt niet voor een nieuw opgerichte vennootschap of een verkrijgende vennootschap die eerst door de fusie de materiële voorwaarden van de structuurregeling vervult. Deze vennootschap is immers niet direct aan de structuurregeling onderworpen vanwege de inlooperperiode van drie jaar. De deelnemende vennootschappen kunnen de structuurregeling uiteraard vrijwillig van toepassing te verklaren. Dit kan gunstig zijn om het ingewikkelde en langdurige traject van onderhandelen te ontlopen en/of de toepassing van een ander (meer ingewikkeld) grensoverschrijdend medezeggenschapssysteem te ontwijken. Hoewel men onderhandelingen ook voorkomt door direct te kiezen voor de referentievoorschriften, blijven de vennootschappen in dat geval veroordeeld tot toepassing van de complexe regeling inzake de referentievoorschriften met een eventueel niet gewenst medezeggenschapssysteem als resultaat.

De door de Nederlandse wetgever gekozen formulering van art. 2:333k lid 2 (b) BW is geen gelukkige. Voor dit standpunt bestaan enige argumenten.

Allereerst gaat de tekst ervan uit dat de Nederlandse structuurregeling het qua medezeggenschapsniveau altijd wint van elk ander medezeggenschapssysteem. De Minister van Justitie onderstreept deze gedachtengang in zijn reactie op Kamervragen. Hij stelt dat *'in Nederland een medezeggenschapsregeling geldt waardoor bij de hierboven bedoelde kwantitatieve vergelijking van een verlies eigenlijk geen sprake kan zijn'*.⁴⁸ Deze redenering is in beginsel juist. De Minister houdt alleen geen rekening met de mogelijkheid op het wettelijke regime te variëren (art. 2:158/268 lid 12 BW). Hierdoor kan de verkrijgende vennootschap aan de structuurregeling zijn onderworpen, terwijl de medezeggenschapsrechten in de statuten op een lager niveau dat het wettelijke zijn vastgesteld. De PvdA-fractie in de Tweede Kamer heeft dit punt onder de aandacht van de Minister gebracht. Het valt op dat de Minister in zijn antwoord slechts ingaat op de mogelijkheid na de fusie op het

⁴⁶ Het is aannemelijk dat hieronder ook een bij de fusie opgerichte vennootschap wordt verstaan.

⁴⁷ *Kamerstukken II* 2006/07, 30 929, nr. 10, p. 1.

⁴⁸ *Kamerstukken II* 2006/07, 30 929, nr. 7, p. 20.

medezeggenschapsregime te variëren.⁴⁹ Onbesproken blijft de situatie dat hierop reeds voorafgaand aan de fusie is gevarieerd en een andere deelnemende vennootschap een hoger medezeggenschapsniveau kent.

Een tweede argument is dat de tekst geen rekening houdt met het per 1 juli 2010 in werking getreden spreekrecht. Nu de Nederlandse wetgever het algemene aanbevelingsrecht als Europese medezeggenschap beschouwt, is het vreemd dat met het spreekrecht geen rekening wordt gehouden. Ik betwijfel of de wetgever zich deze inconsequentie heeft gerealiseerd bij de totstandkoming van het spreekrecht. De wetsgeschiedenis geeft hier geen blijk van. Voor de structuur-NV die als verkrijgende vennootschap optreedt, heeft dit weinig consequenties nu de structuurregeling zich op basis van de tweede uitzondering reeds als hoogste aantal kwalificeert. Dit is anders wat betreft het medezeggenschapsniveau in een NV die geen structuurvennootschap is. In dat geval treedt het alternatieve regime in werking zodra de buitenlandse betrokken vennootschap enig stelsel van medezeggenschap kent, hoe minimaal dit ook moge zijn. Deze uitkomst wringt. Het spreekrecht geeft de ondernemingsraad een recht bezwaar te maken tegen de benoeming van alle bestuurders als ook commissarissen (voor zover aanwezig) in de vennootschap. Het medezeggenschapsstelsel van de buitenlandse vennootschap zal doorgaans van een kwantitatief lager niveau zijn. De huidige formulering dwingt vennootschappen tot toepassing van het alternatieve regime, terwijl dit in Europees opzicht niet nodig is. Saillant detail is dat het spreekrecht het qua niveau zelfs wint van de structuurregeling; een regeling die door de Nederlandse wetgever per definitie als hoogste aantal is gekwalificeerd (zie over het spreekrecht meer uitgebreid hoofdstuk 6.2.2).

Het bovenstaande leidt tot de conclusie dat art. 2:333k lid 2 (b) BW in strijd is met de Tiende Richtlijn. De notaris die toezicht uitoefent op de rechtmatigheid van de grensoverschrijdende fusie en in dat opzicht is belast met de uitvoering van een dienst van openbaar belang, is evenwel gehouden aan art. 16 lid 2 (a) de Tiende Richtlijn directe werking toe te kennen nu de bepaling voldoende duidelijk, nauwkeurig en onvoorwaardelijk is (vgl. paragraaf 5.3). Dit neemt niet weg dat het de duidelijkheid en de toepasbaarheid van de regeling ten goede komt als de Nederlandse wetgever de wettekst richtlijnconform maakt. Ik pleit ervoor in de tekst van art. 2:333k lid 2 (b) BW aansluiting te zoeken bij art. 16 lid 2 (a) Tiende Richtlijn. Vanwege de verschillende nationale medezeggenschapssystemen binnen de Europese Unie is het niet mogelijk – laat staan gewenst – één regeling per definitie als hoogste aantal te kwalificeren. Ook de Minister van Justitie geeft in de nadere memorie van toelichting aan de Eerste Kamer toe dat het eenvoudiger was geweest de tekst van de Tiende Richtlijn over te nemen.⁵⁰ De nieuwe tekst van art. 2:333k lid 2 (b) BW zou in mijn visie als volgt kunnen luiden:

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ *Kamerstukken I* 2007/08, 30 929, nr. E, p. 10.

‘indien (b) bij één van de betrokken vennootschappen het aantal leden van het leidinggevende, toezichthoudende en/of bestuursorgaan ten aanzien van wie werknemers of hun vertegenwoordigers medezeggenschap hebben hoger ligt in vergelijking met het nationale medezeggenschapsrecht dat op de uit de fusie ontstane vennootschap toepassing krijgt, zijn de artikelen (...) van overeenkomstige toepassing’

5.4.4.4 Uitzondering 3: buitenlandse werknemers

De Nederlandse medezeggenschapsrechten worden uitgeoefend door de (centrale) ondernemingsraad waarin de werknemers van de vennootschap en onder omstandigheden van haar dochtervennootschappen zijn vertegenwoordigd. Het Nederlandse medezeggenschapsrecht maakt een onderscheid tussen de in Nederland en de in het buitenland werkzame werknemers. Het medezeggenschapsrecht komt slechts toe aan de in Nederland werkzame werknemers. De derde uitzondering is met het oog op dit onderscheid in de Tiende Richtlijn opgenomen.⁵¹ De Nederlandse wetgever heeft desondanks nagelaten art. 16 lid 2 (b) Tiende Richtlijn te implementeren. De redenering luidde dat men aan deze uitzondering niet zou toekomen indien op de verkrijgende vennootschap de structuurregeling van toepassing is.⁵²

Zowel de PvdA-fractie in de Tweede Kamer⁵³ als de CDA-fractie in de Eerste Kamer⁵⁴ heeft bij deze redenering kanttekeningen geplaatst. Beide fracties benadrukten dat de Nederlandse structuurregeling geen medezeggenschapsrechten aan buitenlandse werknemers toekent. De reactie van de Minister van Justitie kenmerkt zich door vaagheden. Volgens de Minister moeten de uitzonderingen twee en drie de lidstaten prikkelen te voorzien in een hoog niveau van bescherming (namelijk het kwantitatief hoogste niveau dat binnen de Europese Unie bestaat) of in een verbreding van de bescherming (namelijk de uitbreiding naar buitenlandse werknemers). Begrijp ik het goed, dan beschouwt de Minister beide uitzonderingen als zijnde niet cumulatief; er zou een keuze zijn. Zijn opmerking tijdens het Tweede Kamerdebat bevestigt deze zienswijze. Hij stelde: *‘Pas je beide gevallen tezamen toe, dan zullen ook bij een hoog niveau van medezeggenschap nog onderhandelingen moeten plaatsvinden. Dat is eigenlijk raar.’*⁵⁵ Met andere woorden: nu Nederlandse werknemers (in zijn ogen) het hoogste kwantitatieve niveau van medezeggenschap kennen, kan aan de medezeggenschapsrechten van buitenlandse werknemers voorbij worden gegaan. Deze redenering gaat op alle fronten mank. De

51 Verslag van de groep sociale vraagstukken van de Raad van de Europese Unie d.d. 30 juni 2004 (12.07), 10934/04, p. 4 en 9.

52 *Kamerstukken II* 2006/07, 30 929, nr. 3, p. 23-24.

53 *Kamerstukken II* 2006/07, 30 929, nr. 6, p. 8.

54 *Kamerstukken I* 2007/08, 30 9292, nr. B, p. 6.

55 Algemene beraadslaging inzake het wetvoorstel wijziging van Boek 2 BW in verband met de implementatie van richtlijn nr. 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen (*PbEU* 2005, L 310) (30 929), d.d. 25 september 2007, p. 234.

tweede en derde uitzondering nopen afzonderlijk tot implementatie. In de Tiende Richtlijn is tussen beide uitzonderingen het woordje ‘of’ opgenomen. De uitzonderingen zijn bovendien gericht op een ander soort bescherming.

Op 30 november 2011 maakte de Europese Commissie in een persbericht bekend dat Nederland voor het Hof van Justitie is gedaagd vanwege het onjuist implementeren van de derde uitzondering. Op 20 juni 2013 heeft het Hof van Justitie de Commissie in het gelijk gesteld.⁵⁶ Nederland zal deze lacune in het nationale vennootschapsrecht dienen op te lossen. Dat kan op twee manieren: uitzondering drie wordt alsnog aan art. 2:333k lid 2 BW toegevoegd of het recht op medezeggenschap wordt eveneens aan buitenlandse werknemers toegekend.

Mijn voorkeur gaat uit naar optie twee. Daarvoor acht ik doorslaggevend dat de huidige regeling in strijd is met het VWEU. Art. 18 VWEU bevat het verbod tot discriminatie op grond van nationaliteit. Het betreft een rechtstreeks werkende bepaling. Dit maakt een rechtmatigheidstoetsing van nationaal recht mogelijk.⁵⁷ Niet iedere nationale wet kan aan art. 18 VWEU worden getoetst. Er moet een link met het Unierecht bestaan.⁵⁸ Hoewel het enkele feit dat de Unie op het terrein van medezeggenschap over bevoegdheden beschikt daarvoor onvoldoende is,⁵⁹ blijkt uit de rechtspraak dat de link aanwezig is bij regels die op het gebied van het vennootschapsrecht de bescherming van belangen van derden beogen.⁶⁰ Het medezeggenschapsrecht van boek 2 BW kwalificeert zich als een dergelijke regeling. Bovendien heeft de kwestie de vereiste Europese raakvlakken. Het recht op vestiging stelt de Nederlandse vennootschap in staat buitenlandse vestigingen op

56 HvJ EU 20 juni 2013, nr. C-635/11, *JAR* 2013/199 m.nt. Kanen (*Commissie/Nederland*). Het arrest werd gewezen net na afsluiting van mijn onderzoek.

57 De vraag of het Unierecht aan een nationale bepaling in de weg staat, komt doorgaans aan de orde in een prejudiciële procedure bij het Hof van Justitie (art. 267 VWEU). Het Hof stelt de betekenis van het Unierecht vast. De nationale rechter gaat vervolgens na of de nationale bepaling daarmee verenigbaar is. Indien de rechtmatigheid van een nationale bepaling in een geschil tussen burgers aan de orde wordt gesteld (zoals met betrekking tot het nationale vennootschappelijke medezeggenschapsrecht het geval zal zijn), noemt men dat wel de ‘processuele horizontale werking’ ofwel ‘indirecte horizontale werking’ van het Unierecht. Kenmerkend is dat de Europese bepaling via de voorrang van het Unierecht de nationale bepaling bij strijd buiten toepassing stelt en daarmee indirect de rechtsverhouding tussen particulieren reguleert. Deze wijze van doorwerking moet worden onderscheiden van de ‘directe horizontale werking’ waarbij de Europese bepaling rechtstreeks de inhoud van de particuliere rechtsverhouding reguleert. Hiervan is sprake indien een contractuele bepaling in een tussen partijen gesloten arbeidsovereenkomst of een cao-bepaling rechtstreeks aan het Unieverdrag wordt getoetst. Zie over dit onderscheid Asser/Hartkamp 3-I* (2011), nr. 28; De Mol (2011). De toetsingsmogelijkheden zijn anders indien het implementatierecht betreft. Die discussie kan buiten beschouwing blijven, nu aan het Nederlandse vennootschappelijke medezeggenschapsrecht geen Europese richtlijn ten grondslag ligt.

58 HvJ EG 18 december 1997, nr. C-309/96 (*Annibaldi*), punten 13 en 24. Zie over het toepassingsbereik van het Unierecht ook De Mol, Pahladsingh & Van Heijningen (2012).

59 HvJ EG 18 december 1997, nr. C-309/96 (*Annibaldi*), punten 15-16 en 20.

60 HvJ EG 2 oktober 1997, nr. C-122/96, *NJ* 1998/825 (*Saldanha*), punten 22-24.

te richten en het zijn de werknemers van deze vestigingen die op het verbod tot discriminatie een beroep doen jegens de Nederlandse vennootschap.

Buitenlandse werknemers kunnen dus stellen dat het Nederlandse medezeggenschapsrecht in strijd is met het discriminatieverbod van art. 18 VWEU. Daarmee is nog niet gezegd dat die strijd bestaat. Van een direct onderscheid naar nationaliteit is geen sprake. Het gaat om een objectief criterium: werknemers die binnen de Nederlandse landsgrenzen werkzaam zijn. Materieel beschouwd heeft de maatregel echter tot gevolg dat de nadelen grotendeels ten laste komen van onderdanen van andere lidstaten. Werknemers met een buitenlandse nationaliteit werken doorgaans in het land van herkomst en zijn daardoor eerder uitgesloten van het recht op medezeggenschap. Het is vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dat art. 18 VWEU ook alle indirecte vormen van discriminatie verbiedt die, door toepassing van andere onderscheidingscriteria, in feite tot hetzelfde resultaat als direct onderscheid leiden.⁶¹ In tegenstelling tot direct onderscheid (dat alleen gerechtvaardigd is indien het verdrag een expliciete rechtvaardigingsgrond kent), is indirect onderscheid eveneens toelaatbaar met een beroep op de in de rechtspraak ontwikkelde *rule of reason*.⁶² De lidstaat moet aantonen dat de maatregel geschikt is het beoogde legitieme doel te verwezenlijken, proportioneel is en niet verder gaat dan ter bereiking van het legitieme doel noodzakelijk is.

Aan de uitsluiting van buitenlandse werknemers ligt het territorialiteitsbeginsel ten grondslag. Deze redenering overtuigt niet. Ten eerste is de wetgeving van toepassing op de Nederlandse vennootschap. De Nederlandse vennootschap wordt verplicht werknemers werkzaam bij buitenlandse vestigingen binnen de medezeggenschap een rol te geven. Het territorialiteitsbeginsel heeft niet tot gevolg dat de betrokken staat onder een soort van (juridische) glazen stolp moet worden geplaatst. Een impact buiten het eigen territorium is toegestaan. Ook de Europese wetgever is deze mening toegedaan. Art. 16 lid 7 Tiende Richtlijn gaat er vanuit dat de medezeggenschap zich kan uitstrekken tot buitenlandse werknemers. Met de totstandkoming van de Tiende Richtlijn ontstaan bovendien nationale vennootschappen die na een grensoverschrijdende fusie op basis van een grensoverschrijdende systeem de in het buitenland werkzame werknemers bij de medezeggenschap betrekken. Ten tweede schuilt in de huidige systematiek een legitimiteitsgebrek. De Nederlandse medezeggenschap heeft tot doel de werknemers als *stakeholders* te betrekken bij het reilen en zeilen in de vennootschap. Werknemers die werken in buitenlandse filialen zijn evengoed *stakeholders*.

Concluderend kan worden gesteld dat het Nederlandse medezeggenschapsrecht in strijd is met het discriminatieverbod van art. 18 VWEU. De Nederlandse wetgever lijkt vooralsnog niet van plan het medezeggenschapsrecht aan te passen. Tot die tijd moet de discriminerende bepaling – die inhoudt dat slechts de in

61 Zie o.a. HvJ EG 29 oktober 1980, nr. C-22/80 (*Boussac*); HvJ EG 8 mei 1990, nr. C-175/88 (*Biehl*).

62 Deze uitzondering wordt ook wel de *Cassis de Dijon*-uitzondering genoemd naar het gelijknamige arrest van het Hof van Justitie van 20 februari 1978, nr. C-120/78.

Nederland werkzame werknemers recht hebben op medezeggenschap – op basis van de voorrang van het Europese recht buiten toepassing blijven. Lastig aspect is dat de medezeggenschapsrechten worden uitgeoefend door de (centrale) ondernemingsraad (art. 2:158/268 lid 10 BW). Ik zie hierin geen onoverkomelijk probleem nu op basis van een verdragsconforme interpretatie de buitenlandse werknemers(vertegenwoordigers) aan dit kiescollege kunnen worden toegevoegd.⁶³ Het samenvoegen van werknemers(vertegenwoordigers) gebeurt ook indien in de vennootschap meer ondernemingsraden bestaan zonder dat een centrale ondernemingsraad is ingesteld.

5.4.5 Het alternatieve regime

Indien één van de uitzonderingen opgaat, treedt het alternatieve regime in werking. De Nederlandse wetgever heeft in lijn met de Tiende Richtlijn zoveel mogelijk aangehaakt bij en verwezen naar de WRW. De van overeenkomstige toepassing verklaarde bepalingen zijn verwoord in art. 2:333k lid 2 (b) BW. De bepalingen – waarvan soms slechts bepaalde leden van toepassing zijn – zijn verspreid over hoofdstuk 1 WRW opgenomen. Hoofdstuk 1 is als volgt opgebouwd. Afdeling 1 kent een aantal algemene bepalingen, onder andere met betrekking tot de rechten en plichten van de werknemersvertegenwoordigers en het beroep op de rechter. Afdeling 2 gaat in op de medezeggenschap krachtens overeenkomst en bevat bepalingen over de oprichting en samenstelling van de BOG, de onderhandelingen en de (inhoud van de) overeenkomst. De medezeggenschap krachtens referentievoorschriften is neergelegd in afdeling 3. Naast de WRW bevatten de leden 3 t/m 8 van art. 2:333k BW voorschriften waarvoor afzonderlijke implementatie noodzakelijk was in verband met de figuur van de grensoverschrijdende fusie.

De verwijzing naar de WRW maakt het niet alleen een gepuzzel om de toepasselijke bepalingen op te sporen, maar heeft eveneens tot gevolg dat (per abuis) naar enige bepalingen is verwezen die niet één op één toepasbaar zijn op de grensoverschrijdende fusie. Dit is het geval bij de bepaling over de verhouding tot andere wetten. Art. 1:6 WRW verklaart in lid 1 de WEOR buiten toepassing. Dit is logisch bij de oprichting van een SE, nu in dat geval eveneens over de informatie en raadpleging van werknemers bij grensoverschrijdende besluitvorming wordt onderhandeld. Een uit een grensoverschrijdende fusie ontstane nationale vennootschap is daarentegen aan de nationale regels over dit onderwerp gebonden, zodat de WEOR onder alle omstandigheden haar werking behoudt. Voorts zijn bepalingen niet van overeenkomstige toepassing verklaard terwijl de Tiende Richtlijn dat wel voorschrijft. Dit geldt voor de regel dat de BOG kan besluiten de wettelijke referentievoorschriften

63 Het toevoegen van buitenlandse werknemers aan de (centrale) ondernemingsraad heeft slechts betrekking op de uitoefening van de structuurbevoegdheden en het spreekrecht uit boek 2 BW. De WOR staat een toevoeging van buitenlandse werknemers aan het medezeggenschapsorgaan niet toe nu dat tot gevolg heeft dat de medezeggenschapsrechten van de Nederlandse werknemers ‘verwateren’.

alsnog van toepassing te verklaren indien minder dan 25% van het totale aantal werknemers voorafgaand aan de fusie medezeggenschap kent (art. 1:21 lid 2 (b) WRW). Hetzelfde geldt voor de bepalingen inzake de bijstand door deskundigen (art. 1:30 WRW). Hoewel een richtlijnconforme interpretatie voor deze lacunes een oplossing biedt, maken dergelijke onvolkomenheden het (nog) lastiger de medezeggenschapsregeling te doorgronden en op een juiste wijze toe te passen.

De uitwerking van de medezeggenschapsregeling moet in de statuten worden neergelegd (art. 2:333k lid 5 BW). Doorgaans zal de algemene vergadering reeds over het fusievoorstel – waarvan de statuten onderdeel uitmaken – hebben besloten voordat duidelijk is aan welke medezeggenschapsregeling de fusie ontstane vennootschap onderworpen zal zijn. De algemene vergadering kan aan het fusiebesluit de voorwaarde verbinden dat zij de uitwerking met betrekking tot de medezeggenschap later goedkeurt. Zij kan hiervan ook afzien en het bestuur machtigen de wijzigingen in de statuten aan te brengen. Deze opties volgen uit art. 2:333k lid 6 BW. De wetgever gaat er kennelijk vanuit dat art. 2:333k lid 6 BW een afwijking rechtvaardigt van het voorschrift van art. 2:317 BW inhoudende dat het fusiebesluit gelijk moet zijn aan het voorstel tot fusie.⁶⁴ De termijn waarbinnen de fusieakte moet worden verleden is bij onderhandelingen verlengd van zes maanden na nederlegging van het voorstel tot een jaar en drie maanden (art. 2:333k lid 8 BW). Hoewel de onderhandelingen maximaal een jaar kunnen duren is daaraan een periode van drie maanden toegevoegd om de verwerking van het resultaat in de statuten mogelijk te maken.⁶⁵

5.4.6 De BOG

Met het oog op de onderhandelingen moet een BOG worden ingesteld. Dit vereiste geniet uitzondering indien de deelnemende vennootschappen zich zonder onderhandelingen verlaten op de referentievoorschriften (zie paragraaf 5.4.8).

Samenstelling van de BOG

Zo spoedig mogelijk na de openbaarmaking van het fusievoorstel verstrekken de deelnemende vennootschappen aan de werknemers(vertegenwoordigers) een overzicht van de deelnemende vennootschappen, de betrokken dochterondernemingen en vestigingen, de daarin werkzame werknemers en de verdeling van de werknemers per lidstaat. Tot zover volgt art. 1:8 lid 2 WRW de letterlijk tekst van art. 3 SE-Richtlijn. Ter aanvulling legt art. 1:8 lid 2 WRW op de deelnemende vennootschappen de plicht wijzigingen die zich voordoen na het instellen van de BOG, direct te melden. Deze

⁶⁴ Voor een nadere bespreking van deze problematiek wordt verwezen naar Van Boxel (2011), p. 360-362.

⁶⁵ *Kamerstukken II* 2006/07, 30 929, nr. 7, p. 18.

informatie kan leiden tot een gewijzigde samenstelling van de BOG, alsmede een bijstelling van de stemregels (art. 1:8 lid 5 WRW).

Witteveen voert tegen de aanvullende informatieplicht praktische bezwaren aan. Het leidt volgens hem tot administratieve rompslomp. Daarnaast bestaat de mogelijkheid dat men de stemregels tijdens de onderhandelingen moet aanpassen hetgeen een vertragende werking heeft op het onderhandelingsproces dat in de tussentijd gewoon doorloopt.⁶⁶ Witteveen gaat er vanuit dat iedere mutatie in het personeelsbestand aan de BOG moet worden medegedeeld. De wettekst wijst inderdaad in die richting. Een dergelijke uitleg is evenwel in strijd met de Tiende Richtlijn. Het moeten doorvoeren van iedere wijziging vertraagt het fusieproces zonder dat het een essentiële bijdrage levert aan de bescherming van de medezeggenschap. Ik meen dat de BOG slechts verplicht is haar samenstelling aan te passen bij een *structurele* verandering, waaronder het afhaken en/of het deelnemen van een nieuwe deelnemende vennootschap valt. Onder die omstandigheden kan men niet meer spreken van een representatieve BOG. De wijziging hoeft overigens niet tot een grote vertraging van het onderhandelingsproces te leiden. In het geval de verkiezing voor de nieuwe leden (nog) niet heeft plaatsgevonden, worden de extra stemmen en werknemers verdeeld over de zittende leden van die betreffende lidstaat (art. 1:9 lid 8 WRW).⁶⁷ Dit biedt alleen geen oplossing indien de gewijzigde samenstelling ertoe leidt dat een nog niet vertegenwoordigde lidstaat een BOG-lid krijgt toegekend.

Wat betreft de samenstelling van de BOG staat iedere 10% werknemers in een lidstaat of een deel daarvan voor één lid (art. 1:9 lid 1 WRW). Deze hoofdregel is conform de SE-Richtlijn. Een lidstaat krijgt extra leden voor iedere verdwijnende vennootschap met werknemers die op grond van de hoofdregel geen BOG-lid heeft toegekend gekregen. Deze regel geniet uitzondering bij ‘dubbele vertegenwoordiging’. Onder ‘dubbele vertegenwoordiging’ verstaat de Nederlandse wet de situatie dat de deelnemende vennootschap die voor een extra zetel in aanmerking komt reeds met een werknemer uit haar vennootschap in de BOG is vertegenwoordigd. Het begrip ‘dubbele vertegenwoordiging’ heeft in deze betekenis geen aanvullende waarde. Een vennootschap komt namelijk pas in aanmerking voor een extra zetel indien zij geen werknemers in de BOG heeft (vgl. hoofdstuk 3.7.2). Een tweede beperking is dat het aantal extra zetels niet hoger mag zijn dan 20% van het totale aantal zetels dat ingevolge de hoofdregel aan de lidstaten is toegekend. Indien er meer verdwijnende vennootschappen dan extra zetels zijn toe te kennen, worden de extra zetels verdeeld in dalende volgorde van het aantal werknemers in de vennootschappen die daarvoor in aanmerking komen. Hoewel de SE-Richtlijn deze verdelingswijze niet expliciet voorschrijft, valt dit te herleiden tot het vereiste

⁶⁶ Witteveen (2004), p. 180.

⁶⁷ Ik betwijfel of deze bepaling richtlijnconform is, nu art. 4 lid 4 SE-Richtlijn expliciet aan ieder BOG-lid één stem toekent en geen ruimte laat tot een afwijkende verdeling van de stemmen.

dat de BOG moet zijn samengesteld in verhouding tot het aantal werknemers in de lidstaten.

Geschillen over de samenstelling van de BOG kunnen bij verzoekschrift door belanghebbenden worden voorgelegd aan de OK (art. 1:5 WRW). Geschillen zullen zich in beginsel voordoen tussen werknemers(vertegenwoordigers) onderling. Denk aan een conflict over de verdeling van de zetels over het aantal lidstaten en/of het al dan niet toekennen van extra zetels. Maar ook een discussie over de vraag of de deelnemende vennootschappen de nodige informatie aan de werknemers hebben verstrekt, dient aan de OK te worden voorgelegd. Wie belanghebbende is, hangt af van de fase waarin het geschil zich voordoet.⁶⁸ Dit kan de BOG, maar kunnen ook nationale werknemersvertegenwoordigers zijn. Overeenkomstig de WOR en de WEOR, bepaalt de WRW in art. 1:5 lid 1 dat de BOG niet in de proceskosten kan worden veroordeeld. Deze bepaling heeft geen betrekking op de nationale werknemersvertegenwoordigers die als belanghebbenden optreden. De conflicten waarbij nationale werknemersvertegenwoordigers zijn betrokken richten zich ook niet tegen de vennootschap maar tegen andere nationale werknemersvertegenwoordigers. Wie in deze situatie de proceskostenveroordeling moet dragen, is niet duidelijk. Nationale werknemersvertegenwoordigers beschikken niet standaard over een eigen budget. Een analoge toepassing van art. 1:5 lid 1 WRW ligt voor de hand.

Verkiezing van de Nederlandse BOG-leden

De verkiezing van de aan Nederland toegewezen BOG-leden geschiedt aan de hand van art. 1:10 leden 2 t/m 7 WRW. De WRW bepaalt niet welke personen verkiesbaar zijn. Uit de parlementaire stukken blijkt dat met name is gedacht aan afgevaardigden van (centrale) ondernemingsraden.⁶⁹ Daarnaast kunnen externe vertegenwoordigers in de BOG worden gekozen, zoals vakbondsvertegenwoordigers.⁷⁰ Het lijkt alsof de Nederlandse wetgever van mening is dat ook andere externe vertegenwoordigers tot BOG-lid kunnen worden gekozen. Dit is niet juist. Een dergelijke uitbreiding staat de SE-Richtlijn niet toe (art. 4 lid 2 b, tweede alinea SE-Richtlijn). Hoe het aanwijzen van vakbondsvertegenwoordigers zich verhoudt tot art. 1:9 lid 6 WRW maakt de wettekst niet duidelijk. Deze laatste bepaling regelt dat elke deelnemende vennootschap met in Nederland werkzame werknemers door ten minste één lid in de BOG moet zijn vertegenwoordigd. Hieraan is voldaan indien uit de deelnemende vennootschap een werknemer in de BOG zitting heeft. Praktisch gezien ga ik ervan uit dat een vakbondsvertegenwoordiger pas kan worden gekozen als namens iedere Nederlandse deelnemende vennootschap een werknemer in de BOG zitting heeft.

De wijze en het verloop van de verkiezingen kent grote overeenkomsten met de procedure uit de WEOR. De WRW kent een grote rol toe aan de (centrale)

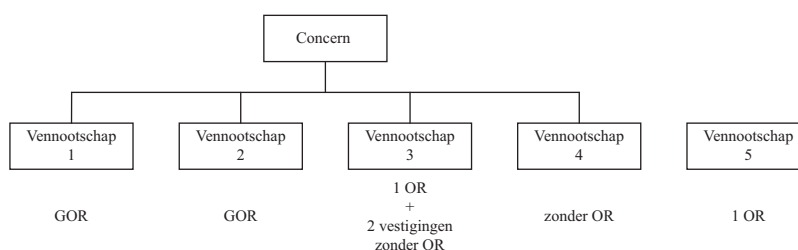
⁶⁸ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 298, nr. 3, p. 27.

⁶⁹ *Kamerstukken II* 2006/07, 30 929, nr. 7, p. 8.

⁷⁰ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 298, nr. 3, p. 36.

ondernemingsraden. Het uitgangspunt is dat de BOG-leden worden gekozen door een kiescollege dat wordt gevormd door de ondernemingsraden van de Nederlandse deelnemende vennootschappen, betrokken dochterondernemingen en vestigingen gezamenlijk. Indien een centrale- of groepsondernemingsraad is ingesteld,⁷¹ geschiedt de aanwijzing door dat orgaan eventueel samen met de ondernemingsraden van de vennootschappen en/of vestigingen die daarin niet zijn vertegenwoordigd. Werknemers die niet zijn vertegenwoordigd in enige ondernemingsraad hebben geen stem. Zij krijgen slechts de gelegenheid zich over de al gemaakte keuze uit te spreken. Aan deze mening hoeft het kiescollege geen waarde toe te kennen. Alleen als er geen enkele ondernemingsraad is ingesteld, geschiedt de verkiezing door alle werknemers gezamenlijk in een geheime schriftelijke stemming.

Het volgende voorbeeld illustreert de samenstelling van het kiescollege:



Is op concernniveau een COR is ingesteld, dan bestaat het kiescollege uit:

- de leden van de COR
- de leden van de OR van vennootschap 5

Is op concernniveau geen COR is ingesteld, dan bestaat het kiescollege uit:

- de leden van de GOR van vennootschap 1 +
- de leden van de GOR van vennootschap 2 +
- de leden van de OR van vennootschap 3 +
- de leden van de OR van vennootschap 5

NB! De werknemers van de twee vestigingen van vennootschap 3 zonder ondernemingsraad en van vennootschap 4 hebben geen eigen leden in het kiescollege. Deze werknemers moeten de gelegenheid krijgen zich over de als lid van de BOG aan te wijzen personen uit te spreken.

⁷¹ Dit geldt mijns inziens indien de centrale- of groepsondernemingsraad enkel de bij de fusie deelnemende vennootschappen, dochterondernemingen en/of vestigingen vertegenwoordigt. Vertegenwoordigt de centrale- of groepsondernemingsraad ook andere (niet bij de fusie betrokken) ondernemingen, dan dient de aanwijzing te geschieden door de afzonderlijke ondernemingsraden.

Onduidelijk is wie bevoegd zijn tot het indienen van kieslijsten. De WRW geeft een regeling voor de situatie dat de werknemers – bij het ontbreken van ondernemingsraden – het kiescollege vormen. In dat geval komt de bevoegdheid toe aan de vakbonden, mits zij met hun leden in de onderneming over de samenstelling van de kieslijst overleg hebben gehad (art. 1:10 lid 6 WRW).⁷² Een wettelijke regeling ontbreekt voor de situatie dat het kiescollege is gevormd door ondernemingsraden. De soortgelijke bepaling uit de WEOR gaat hier evenmin op in. Voor de verkiezing van nationale ondernemingsraadleden bepaalt de WOR dat een kandidatenlijst kan worden ingediend door een vereniging van werknemers na overleg met de leden in de onderneming(en) of een derde van de in een onderneming werkzame werknemers die geen lid zijn van een vereniging welke een kandidatenlijst heeft ingediend, met dien verstande dat met dertig handtekeningen kan worden volstaan. Ik sluit hierbij aan voor de verkiezing van de BOG-leden. Het lijkt mij dat ook de ondernemingsraden zelf kandidatenlijsten kunnen indienen. Dat zij tevens als kiescollege fungeren, acht ik niet problematisch. Dat geldt bij de WOR op een zelfde wijze wat de werknemers betreft.

Gelijktijdig met de verkiezingen dient men vast te stellen welk deel van de in Nederland werkzame werknemers door een specifiek BOG-lid wordt vertegenwoordigd. Dit is van belang voor het stemgewicht binnen de BOG. De WRW noch de wetgeschiedenis gaat hier op in. Dat doet vermoeden dat het kiescollege met betrekking tot de verdeling de vrije hand heeft. Dit is geen gelukkige benadering. Gezien de uiteenlopende belangen, zal iedere vennootschap, dochteronderneming of vestiging haar eigen BOG-lid het meeste stemgewicht willen geven. Witteveen komt met de praktische oplossing dat ieder BOG-lid de werknemers vertegenwoordigt die in de vennootschap of vestiging waaruit hij afkomstig is, werkzaam zijn.⁷³ Meerdere BOG-leden uit een zelfde vennootschap of vestiging vertegenwoordigen daarbij het geheel van de werknemers daarvan in gelijke delen. Werknemers van niet-vertegenwoordigde vennootschappen of vestigingen worden in evenredigheid over de BOG-leden verdeeld.

Hoewel dit een eerlijke oplossing lijkt, betreft Witteveen in zijn formule niet de situatie dat de BOG-leden vakbondsfunctionarissen (geen werknemers) zijn van een vakbond met leden in verschillende ondernemingen. Dat maakt de rekensom direct een stuk complexer. Indien de vakbond in meerdere vennootschappen leden heeft, is

⁷² Heeft geen enkele vakbond in de onderneming(en) leden, dan komt de bevoegdheid tot het samenstellen van een kieslijst aan de werknemers zelf toe.

⁷³ De oplossing van Witteveen (2004), p. 179 heeft betrekking op de oprichting van een SE, maar kan op een gelijke wijze worden toegepast bij een grensoverschrijdende fusie. Witteveen gaat er overigens vanuit dat het Nederlandse recht bepalend is voor de aanwijzing van de gehele BOG. Zijn aanname is niet juist. De verdeling van de werknemers is een onderdeel van de aanwijzingsprocedure en de SE-Richtlijn verwijst daarvoor naar het nationale recht waaruit het BOG-lid afkomstig is. De WRW sluit hier terecht bij aan.

het niet billijk de vakbondsfunctionaris in al deze bij de fusie betrokken vennootschappen als volle vertegenwoordiger mee te laten tellen. Dat kent aan de vakbondsfunctionaris onevenredig veel werknemers toe in vergelijking tot de BOG-leden die bij de vennootschap zelf in dienst zijn. Het is eerlijker na te gaan in hoeveel bij de fusie betrokken vennootschappen de vakbondsfunctionaris leden heeft. Dat aantal moet bepalend zijn voor het vertegenwoordigingspercentage in een bij de fusie betrokken vennootschap. Dat betekent dat wanneer een vakbondsvertegenwoordiger in twee bij de fusie betrokken vennootschappen leden heeft en beide vennootschappen een eigen werknemer in de BOG hebben, hij in beide ondernemingen $\frac{1}{4}$ deel (50% van de helft) van de werknemers vertegenwoordigt. Is de vennootschap niet met een werknemer in de BOG-vertegenwoordigd, dan vertegenwoordigt de vakbondsvertegenwoordiger uiteraard alle werknemers die bij die vennootschap werkzaam zijn.

Geheimhoudingsbepalingen

De geheimhoudingsbepalingen zijn verspreid over de WRW opgenomen. Art. 1:4 lid 4 WRW richt zich op de geheimhoudingsplicht van de Nederlandse BOG-leden. Daarnaast kennen de artt. 1:12 lid 2 en 1:26 lid 3 WRW een specifieke geheimhoudingsplicht in het kader van respectievelijk de onderhandelingen en de referentievoorschriften. Art. 1:26 lid 3 WRW is weliswaar van overeenkomstige toepassing verklaard, maar is van geen belang voor de grensoverschrijdende fusie nu de bepaling betrekking heeft op het verstrekken van informatie aan de SE-OR. De WRW stelt geen sanctie op overtreding van de geheimhoudingsplicht. De schending kan wel een dringende reden voor een ontslag op staande voet opleveren. Bovendien is het opzettelijk schenden van de geheimhoudingsplicht een misdrijf waarop een gevangenisstraf van een jaar of een geldboete staat (artt. 272 en 273 WvS).

De geheimhoudingsplicht van art. 1:4 lid 4 WRW is van toepassing op de Nederlandse BOG-leden, ongeacht de vestigingsplaats van de uit de fusie ontstane vennootschap. De wijze van implementeren kent praktische bezwaren. In deze benadering zijn de betrokken vennootschappen bij het opleggen van geheimhouding aan zoveel rechtsregels gebonden als de BOG nationaliteiten kent. Voor de geheimhouding kunnen ten aanzien van BOG-lid A andere criteria gelden dan ten aanzien van BOG-lid B. Aan de hand van welk nationaal (implementatie)recht wordt nu beoordeeld of aan de BOG als collectief terecht geheimhouding is opgelegd? En welke rechter is bevoegd hierover te oordelen? De bepaling kan bovendien strijd opleveren met rechtsstelsels die de geheimhoudingsbepaling op de gehele BOG van toepassing hebben verklaard. Dat is in Duitsland en België gebeurd. Ik pleit er voor art. 1:4 lid 4 WRW zo uit te leggen dat hieraan slechts toepassing toekomt in de situatie dat de uit de fusie ontstane vennootschap zich in Nederland vestigt. Deze uitleg is in lijn met de SE-Richtlijn. Art. 8 SE-Richtlijn spreekt over de BOG als collectief en maakt geen onderscheid naar de nationaliteit per afzonderlijk BOG-lid.

De BOG-leden zijn tot geheimhouding verplicht jegens derden, met uitzondering van een aangestelde deskundige.⁷⁴ De geheimhouding geldt voor drie te onderscheiden categorieën. Onder de eerste categorie vallen de zaken- en bedrijfsgeheimen die de BOG-leden in hun hoedanigheid vernemen. De geheimhouding hoeft niet te worden opgelegd. Voldoende is dat het kan worden afgeleid uit het karakter van de informatie. De tweede categorie omvat aangelegenheden ten aanzien waarvan aan de BOG specifiek geheimhouding is opgelegd. Hoewel de ruime formulering doet vermoeden dat de deelnemende vennootschappen vrij zijn in de afweging of geheimhouding wordt opgelegd, is dat niet het geval. Voor de soortgelijke bepaling in de WOR geldt dat van deze bevoegdheid terughoudend gebruik moet worden gemaakt. Dat is niet anders bij de toepassing van art. 1:4 lid 4 WRW, nu de OK de geheimhouding kan opheffen indien bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het opleggen daarvan is besloten. De derde en laatste categorie betreft informatie waarvan, in verband met opgelegde geheimhouding, het vertrouwelijke karakter moet worden begrepen. Gedoeld is op gegevens die samenhangen met de informatie waarvoor op grond van de tweede categorie geheimhouding geldt. De Nederlandse wetgever heeft met de drie categorieën de geheimhoudingsplicht in lijn met de WOR en daarmee op een typisch Nederlandse wijze geïmplementeerd.

Art. 1:12 lid 2 WRW kent een specifieke geheimhoudingsplicht voor de onderhandelingsprocedure. Het valt op dat dit artikel ten opzichte van art. 1:4 lid 4 WRW een aantal aanvullende formele vereisten aan het opleggen van geheimhouding stelt. Zo moet de geheimhouding zoveel mogelijk voor de behandeling van de betrokken aangelegenheid worden medegedeeld, waarbij schriftelijk of mondeling wordt vermeld waarop de geheimhouding ziet. Ook de duur, alsmede de personen ten aanzien van wie de geheimhouding niet in acht hoeft te worden genomen, moeten worden gemeld. Hoewel deze eisen niet specifiek in art. 1:4 lid 4 WRW zijn neergelegd, lijkt mij dit inherent aan een zorgvuldige toepassing. Daarnaast biedt art. 1:12 lid 2 (eerste zin) WRW de deelnemende vennootschappen de mogelijkheid bepaalde informatie niet te verstrekken tijdens de onderhandelingen. Voorwaarde is dat het verstrekken van de informatie het functioneren van de deelnemende vennootschappen, dochterondernemingen of vestigingen ernstig zou belemmeren dan wel zou schaden. De BOG kan tot opheffing verzoeken bij de OK. De OK beoordeelt aan de hand van objectieve criteria of er een noodzaak is tot het niet vertrekken van de informatie. Daaraan zal niet snel zijn voldaan indien het mogelijk is geheimhouding op te leggen.

⁷⁴ Wel is vereist dat de betrokken vennootschappen hieraan hun toestemming hebben verleend en de betrokken persoon vooraf schriftelijk heeft verklaard dat hij zich voor de betrokken aangelegenheid tot geheimhouding verplicht (art. 1:6 WRW).

Arbeidsrechtelijke bescherming

De BOG-leden behouden hun recht op loon voor de tijd dat zij de bedongen arbeid niet hebben verricht vanwege het bijwonen van een vergadering van de BOG, dan wel een vergadering in het kader van een andere wijze van informatieverstrekking en raadpleging (art. 1:4 lid 1 WRW). Daarnaast is in art. 7:670 lid 8 BW een ontslagverbod wegens het lidmaatschap van de BOG opgenomen. Hiermee voldoet de Nederlandse wetgever aan de verplichting uit art. 10 SE-Richtlijn. Beide bepalingen gelden enkel voor de Nederlandse BOG-leden, ongeacht de vestigingsplaats van de uit de fusie ontstane vennootschap. In tegenstelling tot de bepalingen inzake geheimhouding is hier terecht aangesloten bij het nationale recht. De arbeidsrechtelijke bescherming heeft betrekking op de BOG-leden afzonderlijk en niet op de BOG als collectief.

5.4.7 De onderhandelingen

Nadat de BOG is samengesteld, gaan de onderhandelingen van start. De onderhandelingstermijn vangt aan op de dag dat de BOG zijn eerste vergadering met de deelnemende vennootschappen heeft. Het initiatief ligt bij de deelnemende vennootschappen (art. 1:8 lid 4 WRW). Voor de onderhandelingen is een termijn van een half jaar – met uitloop tot een jaar – beschikbaar. Voorafgaand aan de onderhandelingen heeft de BOG de mogelijkheid bijeen te komen (art. 1:11 lid 2 WRW). Deze bepaling is afgeleid uit de EOR-richtlijn. De SE-Richtlijn verplicht hier niet toe, maar lijkt het ook niet in de weg te staan.

De Nederlandse wetgever heeft het beginsel dat partijen onderhandelen in de geest van de samenwerking, niet geïmplementeerd. Als reden wordt genoemd dat de onderhandelingen worden beheerst door de redelijkheid en billijkheid en de goede trouw, hetgeen implementatie overbodig maakt. Deze redenering is niet nieuw en werd ook gehanteerd bij het soortgelijke beginsel in de EOR-Richtlijn. Ottervanger uitte bij deze motivering ten aanzien van de EOR-Richtlijn bedenkingen. Hij hechtte betekenis aan de implementatie van het beginsel in het geval van een niet-coöperatieve BOG.⁷⁵ Witteveen beschouwt – sprekend over de SE-Richtlijn – het beginsel als mogelijke grondslag voor een vordering tot (door)onderhandelen.⁷⁶ Implementatie is daarvoor niet nodig. Een vordering tot (door)onderhandelen bij een niet-coöperatieve partij kan men baseren op de redelijkheid en billijkheid dat – via een richtlijnconforme interpretatie – door het beginsel wordt ingekleurd. Ottervanger meent dat de BOG bij een niet-coöperatieve opstelling geen beroep toekomt op de wettelijke referentievoorschriften.⁷⁷ Ik onderschrijf zijn standpunt niet. Art. 12 lid 2 SE-Verordening staat hieraan in de weg. Ook een veroordeling tot schadevergoeding lijkt mij lastig, nu de BOG geen eigen vermogen

⁷⁵ Ottervanger (1994), p. 339.

⁷⁶ Witteveen (2004), p. 182.

⁷⁷ Idem. In gelijke zin Honée (1994), p. 260.

heeft. Eventueel zouden de deelnemende vennootschappen met een beroep op de redelijkheid en billijkheid de onderhandelingen kunnen afbreken indien de BOG niet meewerkt en zich – voordat de onderhandelingstermijn is verlopen – op de referentievoorschriften kunnen verlaten. Indien niet de BOG maar de deelnemende vennootschappen zich tijdens de onderhandelingen niet coöperatief opstellen, kan als sanctie wellicht de onderhandelingstermijn worden verlengd.

De verplichting tot onderhandelen in de geest van de samenwerking staat er niet aan in de weg dat de BOG met een dubbele gekwalificeerde meerderheid kan besluiten de onderhandelingen niet aan te gaan of af te breken. Deze bepaling is niet in de WRW, maar in art. 2:333k lid 4 BW neergelegd. Aansluiting bij de WRW was niet mogelijk, aangezien met dit besluit – anders dan bij de oprichting van een SE – het nationale (medezeggenschaps)recht van toepassing wordt. Ook is een dubbele gekwalificeerde meerderheid vereist bij een inperking van de medezeggenschap in het geval de medezeggenschap voorafgaand aan de fusie ten minste 25% van het totale aantal werknemers van de deelnemende vennootschappen bestrijkt. Andere besluiten geschieden met een dubbele volstreekte meerderheid, waarbij ieder BOG-lid een stem heeft (art. 1:14 WRW).⁷⁸

5.4.8 De wettelijke referentievoorschriften

De referentievoorschriften zijn uitgewerkt in de derde afdeling van hoofdstuk 1 WRW.

Toepassingsbereik referentievoorschriften

De referentievoorschriften kunnen op drie manieren op de uit de fusie ontstane vennootschap van toepassing zijn: (i) bij overeenkomst, (ii) na afloop van de onderhandelingstermijn met de instemming van de deelnemende vennootschappen of (iii) bij besluit van de deelnemende vennootschappen voorafgaand aan de onderhandelingen. De onderdelen (i) en (ii) zijn in art. 1:20 WRW neergelegd. In beide gevallen geldt als voorwaarde dat voorafgaand aan de fusie ten minste 25% van het totale aantal werknemers van de deelnemende vennootschappen aan medezeggenschap was onderworpen.⁷⁹ De wetgever is hier slordig te werk gegaan. Allereerst is verzuimd het percentage te verhogen naar 33,3%. Voorts is art. 1:21 lid 2 (b) niet van overeenkomstige toepassing verklaard. Op grond van deze laatste bepaling kan de BOG bij overschrijding van het percentage alsnog tot toepassing

⁷⁸ Deze regel geniet uitzondering indien een gewijzigde personeelssamenstelling noopt tot een andere verdeling van de BOG en er nog geen nieuwe verkiezingen hebben plaatsgevonden (art. 1:8 lid 5 WRW).

⁷⁹ Het is vreemd dat deze voorwaarde ook geldt in het geval dat de referentievoorschriften bij overeenkomst van toepassing zijn. Partijen hebben daartoe dan immers zelf besloten. Ik verwacht echter weinig problemen, nu de BOG bij overschrijding van het percentage alsnog tot toepassing van de referentievoorschriften kan besluiten.

van de referentievoorschriften besluiten. Nu van een opzettelijke afwijking geen sprake is, biedt een richtlijnconforme uitleg in beide situaties uitkomst.

Onderdeel (iii) is neergelegd in art. 2:333k lid 3 BW. Verwijzing naar de WRW was niet mogelijk nu een equivalent in de SE-Richtlijn ontbreekt. De formulering van art. 2:333k lid 3 BW doet voorkomen alsof één deelnemende vennootschap voorafgaand aan de onderhandelingen kan besluiten de referentievoorschriften van toepassing te verklaren. Dat is uiteraard niet juist. De bevoegde organen van alle deelnemende vennootschappen moeten hiertoe besluiten. Bij een Nederlandse vennootschap komt deze bevoegdheid toe aan de algemene vergadering. VNO-NCW merkte reeds op dit geen handige keus te vinden en had de bevoegdheid liever bij de besturen gelegd. De reden is dat bij vennootschappen met een sterk gespreid aandelenbezit het organiseren van een extra aandeelhoudersvergadering een overmatige belasting vormt. De Minister van Justitie motiveerde de keuze met de stelling dat besluiten die de inrichting van de vennootschap betreffen (zoals de vennootschappelijke medezeggenschapsstructuur) door de algemene vergadering moeten worden genomen. Dit argument overtuigt niet. De algemene vergadering blijft bevoegd ten aanzien van de medezeggenschapsstructuur. Het is de algemene vergadering die de grensoverschrijdende fusie en dus de regeling inzake medezeggenschap goedkeurt.

Mate en vorm van medezeggenschap

De mate en vorm van medezeggenschap krijgt gestalte in de artt. 1:21 lid 4, 1:31 lid 2 t/m 1:33 WRW. Met name de formulering van art. 1:21 lid 4 WRW is opmerkelijk. De tekst luidt: *‘Indien in de deelnemende vennootschappen meer dan een vorm van medezeggenschap bestond, besluit de bijzondere onderhandelingsgroep welke van die vormen in de SE wordt ingevoerd. Een besluit tot invoering van een vorm van medezeggenschap waaruit zou voortvloeien dat het recht op medezeggenschap van de werknemers wordt ingeperkt behoeft een meerderheid van tweederde van haar aantal leden, tevens vertegenwoordigende tweederde van de werknemers en afkomstig uit ten minste twee lidstaten.(...). Het besluit bevat een beschrijving van de inhoud die het recht van verkiezing of benoeming dan wel het recht van aanbeveling of bezwaar heeft in de deelnemende vennootschap van welke het medezeggenschapsregime in de SE wordt ingevoerd en van de procedure die ten aanzien van die vennootschap geldt voor de uitoefening van dat recht. De bijzondere onderhandelingsgroep deelt het besluit mede aan de deelnemende vennootschappen.’*

De wettekst legt de keuze tussen de verschillende medezeggenschapsvormen terecht bij de BOG. Wat opvalt, is dat het besluit een dubbele gekwalificeerde meerderheid vereist indien de keuze leidt tot een inperking van de medezeggenschap. Dit is vreemd. De Tiende Richtlijn heeft de verschillende vormen van medezeggenschap aan elkaar gelijkgesteld. Een keuze tussen de vormen leidt daarom niet tot een inperking van medezeggenschap.

De wetsgeschiedenis biedt de verklaring voor de Nederlandse wijze van implementeren. Uit de memorie van toelichting blijkt dat de wetgever de keuze voor de vorm relevant acht voor het aantal medezeggenschapsrechten. Als voorbeeld wordt genoemd dat de BOG moet kiezen tussen de Nederlandse aanbevelingsrechten (ten opzichte van alle leden van het toezichthoudende orgaan) en de Duitse en Oostenrijkse benoemingsrechten (ten opzichte van een derde van de leden van het toezichthoudende orgaan). Een keuze voor de benoemingsregeling (vorm) leidt volgens de wetgever tot een inperking van de medezeggenschap, omdat het daaraan verbonden aantal leden waarop de medezeggenschap betrekking heeft kleiner is dan het aantal dat voorafgaand aan de fusie in de Nederlandse vennootschap bestond.⁸⁰ De memorie van toelichting vermeldt voorts: *‘Wanneer is gekozen voor de in Duitsland en Oostenrijk bestaande vorm van medezeggenschap (benoeming), dan wordt voor de vaststelling van het aantal personen ten aanzien van wie dat recht kan worden uitgeoefend alleen een vergelijking gemaakt tussen de stelsels die deze vorm kennen’*. De Nederlandse wetgever lijkt op deze wijze te willen voorkomen dat de referentievoorschriften uitmonden in een Duits/Oostenrijks benoemingsrecht ten aanzien van alle leden van het toezichthoudende orgaan. Hoewel voor deze benadering vanuit een praktisch oogpunt zeker iets te zeggen valt, betreft het een onjuiste interpretatie van de Tiende Richtlijn. De Tiende Richtlijn bepaalt expliciet dat de vorm en de mate van medezeggenschap afzonderlijk van elkaar dienen te worden vastgesteld (zie hoofdstuk 3.10.2). Art. 1:21 lid 4 WRW moet conform de Tiende Richtlijn worden uitgelegd. Overigens voorkomt het eigendomsrecht van de aandeelhouders dat de referentievoorschriften leiden tot een uitkomst waarbij de werknemers(vertegenwoordigers) meer dan de helft van de commissarissen dan wel bestuursleden benoemen (vgl. hoofdstuk 6.3.3).

De vorm van de medezeggenschap en het aantal leden waarop de medezeggenschap betrekking heeft, worden in de statuten van de vennootschap neergelegd (art. 2:333k lid 5 BW). In hoofdstuk 3.10.2. stelde ik dat de afdwingbaarheid van de uitkomst van het medezeggenschapsrecht inherent is aan de vorm en als onderdeel daarvan van toepassing wordt op de uit de fusie ontstane vennootschap. Ik doel hiermee op de omstandigheden waaronder het tot benoeming bevoegde orgaan gehouden is gehoor te geven aan de door de werknemers benoemde of aanbevolen kandidaat, dan wel het gemaakte bezwaar. Dit kan per medezeggenschapsrecht verschillen. Ook dit aspect moet in de statuten worden neergelegd.

Verdeling en uitoefening van medezeggenschap

Nadat de mate en de vorm van het medezeggenschapssysteem zijn vastgesteld, wordt het aantal leden waarop de medezeggenschap betrekking heeft (in de WRW zetels genoemd) verdeeld over de werknemers werkzaam in de verschillende lidstaten. De WRW wijst de SE-OR aan als het orgaan dat tot verdeling bevoegd

⁸⁰ Kamerstukken II 2003/04, 29 298, nr. 3, p. 50.

is. Het gaat wederom om een ongelukkige verwijzing naar de WRW. De Tiende Richtlijn is met de SE-OR niet bekend. De vraag rijst aan wie de bevoegdheid dan toekomt. De Tiende Richtlijn kent geen regeling, zodat de lidstaten op dit punt vrij zijn. Vanwege het internationale karakter van de grensoverschrijdende fusie heeft het mijn voorkeur de verdeling aan de BOG toe te kennen (die dan feitelijk herleeft). De samenstelling van de BOG komt het meest overeen met die van de SE-OR. Een bijkomend voordeel is dat de verdeling door de internationaal samengestelde BOG de kans op conflicten verkleint. Een niet onbelangrijk aspect, aangezien de verdeling geschiedt op basis van een complexe niet voor eenduidige uitleg vatbaar zijnde regeling. Een nadeel van deze benadering is dat men alsnog een BOG moet oprichten in de situatie dat de deelnemende vennootschappen – zonder onderhandelingen – de referentievoorschriften van toepassing hebben verklaard. Dat is niet praktisch. In die situatie ligt het in de rede het hoogste medezeggenschapsorgaan binnen Nederland tot verdeling bevoegd te maken. Hoewel dit medezeggenschapsorgaan slechts de in Nederland werkzame werknemers vertegenwoordigt, is dit legitimiteitsgebrek te overzien nu het vertegenwoordigingsorgaan bij de verdeling beleidsvrijheid ontbeert en de werknemersvertegenwoordigers uit andere lidstaten bij de OK tegen de verdeling in beroep kunnen gaan (art. 1:5 WRW).

De verdeling geschiedt per lidstaat en naar verhouding van het aantal werknemers dat per lidstaat in dienst is van de ontstane vennootschap, haar dochtervennootschappen en (buitenlandse) vestigingen. De zetels worden verdeeld over de lidstaten in afnemende volgorde van het aantal werknemers dat in de betreffende lidstaat werkzaam is. Indien het resultaat van deze verdeling is dat Nederland geen zetel krijgt toegekend (meer lidstaten dan zetels), wordt de tweede zetel alsnog aan Nederland toegewezen. De SE-Richtlijn biedt deze mogelijkheid. Vreemd genoeg bepaalt art. 1:32 lid 2 WRW vervolgens dat de derde en volgende zetels (voor zover die er zijn) worden toegewezen aan de andere lidstaten die nog niet zijn vertegenwoordigd. Strikt genomen betekent dit dat lidstaten die op grond van de hoofdregel niet waren vertegenwoordigd alsnog voorgaan op lidstaten die al wel een zetel hadden toegekend gekregen. Deze uitkomst kan niet zijn bedoeld. In mijn visie moet na toekenning van de tweede zetel aan Nederland de rest van de zetels conform de hoofdregel worden toegekend aan de lidstaten die op dat moment nog niet vertegenwoordigd zijn. Dit betekent dat de lidstaat die eerst de tweede zetel kreeg, thans de derde zetel ontvangt en zo verder.

Het recht van de lidstaat waar de werknemers werkzaam zijn die een medezeggenschapsrecht hebben toegekend gekregen, bepaalt op welke wijze een persoon wordt verkozen of benoemd, dan wel wordt aanbevolen. Ook het maken van bezwaar geschiedt op de wijze zoals in de betreffende lidstaat is bepaald. Dit volgt uit art. 1:32 lid 3 WRW. Voor de medezeggenschapsrechten van de Nederlandse werknemers sluit de wet aan bij de verkiezingsprocedure voor de BOG-leden (zie paragraaf 5.4.6.). De regeling maakt het mogelijk dat werknemers zitting krijgen in het bestuur of de raad van commissarissen van een Nederlandse vennootschap. Hoe

deze uitkomst zich verhoudt tot het Nederlandse principe dat bestuurders en commissarissen onafhankelijk opereren, is onderwerp van hoofdstuk 6.3.5.2.

5.4.9 Misbruik

De Nederlandse wetgever heeft aan de misbruikbepaling weinig overwegingen gewijd. De regeling uit art. 16 lid 6 Tiende Richtlijn is nagenoeg letterlijk in art. 2:333k lid 7 BW geïmplementeerd. Art. 2:333 lid 7 BW bepaalt dat *'indien een vennootschap binnen drie jaar na het van kracht worden van de fusie deelneemt aan een fusie als bedoeld in deze titel, het artikel van overeenkomstige toepassing is.'* De regeling geldt voor een opvolgende nationale juridische fusie.⁸¹ In die situatie is het gehele art. 2:333k BW opnieuw van toepassing en kunnen hernieuwde onderhandelingen genoodzaakt zijn indien de fusie leidt tot een versobering van de bestaande medezeggenschap. De regeling geldt niet voor bedrijfsfusies of andere structurele veranderingen die zich met betrekking tot de ontstane vennootschap voordoen. Op deze besluiten kan de ondernemingsraad 'slechts' via de aan hem toegekende WOR-bevoegdheden invloed uitoefenen. Ik sluit niet uit dat de OK het besluit kennelijk onredelijk acht indien met de eventuele wijzigingen van de medezeggenschapsstructuur geen rekening is gehouden. Ik acht de kans klein dat de ondernemingsraad via deze weg nieuwe onderhandelingen over de medezeggenschap kan afdwingen. De Europese ondernemingsraad heeft hiertoe (nog) minder middelen, nu dit orgaan in beginsel slechts beschikt over informatie- en raadgegingsbevoegdheden.

Het heronderhandelingsmechanisme uit de WRW is niet van overeenkomstige toepassing verklaard. Dit mechanisme bepaalt dat partijen in de overeenkomst kunnen afspreken onder welke omstandigheden nieuwe onderhandelingen genoodzaakt zijn. Het staat de onderhandelingspartijen bij een grensoverschrijdende fusie echter vrij een soortgelijke bepaling in de overeenkomst op te nemen. Daarmee wordt een zelfde effect bereikt. Het wettelijke heronderdelingsmechanisme uit de WRW biedt geen oplossing indien de medezeggenschap krachtens de referentievoorschriften van toepassing is. In dat geval (plus wanneer in de overeenkomst niets is afgesproken) kunnen de werknemers van een SE geen nieuwe onderhandelingen afdwingen, ook niet bij een nationale fusie binnen drie jaar. In dat opzicht is de Nederlandse werknemer er bij een grensoverschrijdende fusie op vooruit gegaan, nu het onderhandelingsmechanisme dwingend geldt bij een nationale fusie binnen drie jaar. Het onderscheid met de misbruikregeling bij de oprichting van een SE is echter minder groot als dat het lijkt. Art. 66 lid 1 SE-Verordening bepaalt dat een SE zich eerst kan omzetten in een nationale vennootschap twee jaar na inschrijving. Deze bepaling voorkomt dat een nationale vennootschap haar statutaire zetel via de oprichting van een SE eenvoudig kan verplaatsen naar een lidstaat met een voor de vennootschap aantrekkelijker medezeggenschapsregime. Hoewel een fusie geen

⁸¹ *Kamerstukken II* 2006/07, 30 929, nr. 3 p. 26.

omzetting betreft, is het resultaat hetzelfde indien de SE bij een nationale fusie als de verdwijnende vennootschap optreedt. Naar mijn mening is de tweejaarstermijn in die situatie analoog van toepassing en geldt voor de SE de eerste twee jaar na oprichting een verbod tot nationaal fuseren.

5.5 Duitsland

5.5.1 Implementatiewetgeving

Duitsland heeft de vennootschappelijke en medezeggenschapsrechtelijke bepalingen uit de Tiende Richtlijn in twee afzonderlijke wetten geïmplementeerd. De vennootschappelijke bepalingen zijn geïmplementeerd in het Zweites Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes.⁸² Deze wet is in werking getreden op 25 april 2007. De wet voegt aan het Umwandlungsgesetz (hierna: UmwG)⁸³ een nieuw tiende hoofdstuk toe met als titel *Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften*. Het tiende hoofdstuk omvat de §§ 122a - 122l welke bepalingen specifiek betrekking hebben op de grensoverschrijdende juridische fusie. Tevens verklaart § 122a Abs. 2 een aantal hoofdstukken uit het Tweede Boek van het UmwG op de grensoverschrijdende fusie van overeenkomstige toepassing. Het gaat om het eerste hoofdstuk inzake algemene fusiebepalingen en een groot aantal paragrafen uit het tweede hoofdstuk dat betrekking heeft op de interne fusie van kapitaalvennootschappen. In het verlengde zijn in de genoemde hoofdstukken enkele tekstuele wijzigingen doorgevoerd om onduidelijkheden bij de toepassing te voorkomen. Tot slot wijzigt het Zweites Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes drie aanverwante wetten op kleine punten.⁸⁴

De medezeggenschapsbepaling van art. 16 Tiende Richtlijn is geïmplementeerd in het Gesetz zur Umsetzung der Regelungen über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten (MgVG).⁸⁵ Het MgVG is in werking getreden op 26 december 2006. De implementatie is door het Ministerie van Sociale Zaken behandeld en niet door het Ministerie van Justitie dat over de vennootschappelijke aspecten van de Tiende Richtlijn ging. Anders dan het Zweites Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes brengt het MgVG geen wijzigingen aan in een andere wet, maar gaat

82 Zweites Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes vom 24. April 2007, BGBl I, p. 542.

83 Het Umwandlungsgesetz vom 28. Oktober 1994, BGBl I, p. 428 regelt de wettelijke omzettingmogelijkheden van vennootschappen, inhoudende de juridische (grensoverschrijdende) fusie, splitting, bedrijfsfusie en vormveranderingen.

84 Wijzigingen zijn doorgevoerd in het Aktiengesetz, het Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung en de Handelsregistergebührenverordnung.

85 Gesetz zur Umsetzung der Regelungen über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten vom 28. Dezember 2006, BGBl I, p. 3332, das geändert worden ist durch Art. 11 des Gesetzes vom 30. Juli 2009, BGBl I, p. 2479.

het om een op zichzelf staande nieuwe wet met vijf hoofdstukken en in totaal 35 paragrafen. De hoofdstukken omvatten de volgende onderwerpen: (i) algemene voorschriften, (ii) BOG, (iii) medezeggenschap, (iv) verhouding tot nationaal recht, (v) bescherming en strafrechtelijke en boetevoorschriften. De structuur vertoont grote gelijkenis met het SE-Beteiligungsgesetz (SEBG), de Duitse implementatie van de SE-Richtlijn. De Duitse wetgever heeft bewust niet naar het SEBG verwezen ten behoeve van de overzichtelijkheid van de bepalingen bij een grensoverschrijdende fusie.⁸⁶ Het valt op dat de Nederlandse wetgever met exact dezelfde overweging wel tot een verwijzing is overgegaan (vgl. paragraaf 5.4.1).

Duitsland heeft met de twee wetten de Tiende Richtlijn ruim voor de fatale aflooptermijn van 27 december 2007 geïmplementeerd. Daaraan lagen economische belangen ten grondslag.⁸⁷ Een belangrijke rol speelde het feit dat het arrest *SEVIC* van het Hof van Justitie onder bepaalde voorwaarden reeds een grensoverschrijdende fusie toeliet, terwijl het arrest niet duidelijk maakt hoe moet worden omgegaan met de medezeggenschap.⁸⁸

5.5.2 De wettelijke mogelijkheden tot grensoverschrijdend fuseren

Op grond van § 122b UmwG staat de grensoverschrijdende fusie open voor kapitaalvennootschappen die voldoen aan de definitie van art. 2 (1) Tiende Richtlijn. Voor Duitsland zijn dit de *Aktiengesellschaft* (AG), de *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (GmbH), de *Kommanditgesellschaften auf Aktien* (KGaA)⁸⁹ en de SE met zetel in Duitsland. De Duitse wetgever heeft de grensoverschrijdende fusie niet voor andere rechtspersonen opengesteld. Ook niet voor de Duitse coöperatie met afgescheiden vermogen (*genossenschaftliche Prüfungsverbände*). Hoewel deze coöperatie valt binnen de definitie van een kapitaalvennootschap in de Tiende Richtlijn,⁹⁰ heeft Duitsland met § 122b Abs. 2 UmwG gebruik gemaakt van de uitsluitingsmogelijkheid die art. 3 lid 2 Tiende Richtlijn de lidstaten biedt. Volgens de Duitse regering bestond aan een toepassing van de regeling op coöperaties geen behoefte, gezien de mogelijkheid tot oprichting van een SCE. Mochten de toekomstige ervaringen met de SCE aantonen dat bij coöperaties toch een behoefte bestaat tot grensoverschrijdend fuseren op basis van de Tiende Richtlijn, dan onderzoekt de Duitse regering de mogelijkheid alsnog.⁹¹

⁸⁶ BT-Drucksache 16/2922 (Begründung), p. 1.

⁸⁷ BT-Drucksache 16/2919 (Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes), p. 21.

⁸⁸ Nagel (2007), p. 57; Müller (2006), p. 286.

⁸⁹ De KGaA blijft verder buiten beschouwing, omdat deze rechtsvorm door zijn beperkte omvang in de fusiepraktijk een ondergeschikte rol speelt. Vgl. Hüffer (2012), p. 1478 (§ 278, Rn. 2).

⁹⁰ Zie art. 2 lid 1 (b) Tiende Richtlijn.

⁹¹ BT-Drucksache 548/06 (Begründung), p. 30.

Van een grensoverschrijdende fusie is sprake indien een Duitse kapitaalvennootschap fuseert met ten minste één kapitaalvennootschap die onderworpen is aan het recht van een andere lidstaat (§ 122a Abs. 1 UmwG). Alle aan de fusie deelnemende vennootschappen moeten zijn opgericht naar het recht van een lidstaat én de statutaire of de werkelijke zetel binnen de Europese Unie hebben (§ 122b Abs. 1 UmwG). Duitsland achtte het nodig alle drie de vereisten uit de Tiende Richtlijn te implementeren. Als reden werd genoemd dat het op de vennootschap van toepassing zijnde recht niet per definitie gelijk hoeft te zijn aan het oprichtingsrecht.⁹²

De grensoverschrijdende fusiemogelijkheden zijn gelijk aan de mogelijkheden die Duitse vennootschappen in nationaal verband hebben. Het betreft de fusie door overname (*Verschmelzung durch Aufnahme*)⁹³ en de fusie door oprichting van een nieuwe vennootschap (*Verschmelzung durch Neugründung*).⁹⁴ De bijbetaling in geld aan de aandeelhouders van een AG of de vennoten van een GmbH mag 10% van de nominale waarde van de uitgereikte aandelen bedragen. De rechter kan het percentage na de fusie naar boven bijstellen, indien hij na onderzoek de ruilverhouding te laag beoordeelt. Dit is conform de Tiende Richtlijn die in art. 2 lid 2 (a) jo. art. 3 lid 1 Tiende Richtlijn een bijbetaling van 10% of meer toestaat. Verder geldt voor de grensoverschrijdende concernfusie een vereenvoudigd regime. De vereenvoudiging is erin gelegen dat de ruilverhouding van de aandelen niet hoeft te worden opgenomen in de fusieovereenkomst en tot een deskundigencontrole geen verplichting bestaat (§ 5 Abs. 2 en § 9 Abs. 2 UmwG). Van een concernfusie is sprake indien de moedervennootschap alle aandelen in de dochter houdt. Een specifieke regeling voor de zusterfusie en/of de driehoeksfusie ontbreekt. De regeling maakt het voor twee buitenlandse (niet Duitse) vennootschappen onmogelijk grensoverschrijdend te fuseren door oprichting van een Duitse vennootschap.⁹⁵ Een fusie tussen twee Duitse vennootschappen waarbij een buitenlandse vennootschap wordt opgericht is evenmin toegestaan.⁹⁶ In de twee laatste gevallen biedt de vestigingsvrijheid eventueel uitkomst (vgl. hoofdstuk 2.8.2).

92 BT-Drucksage 548/06 (Begründung), p. 30.

93 De fusie door overname is geregeld in het Tweede Boek, eerste hoofdstuk, tweede gedeelte UmwG (§§ 4-35).

94 De fusie door oprichting is geregeld in het Tweede Boek, eerste hoofdstuk, derde gedeelte UmwG (§§ 36- 38). § 36 UmwG verklaart een groot aantal paragrafen inzake de fusie door overname van overeenkomstige toepassing op de fusie door oprichting. Bij de toepassing wordt elke fuserende vennootschap als verdwijnende vennootschap beschouwd en geldt de nieuwe vennootschap als verkrijgende vennootschap.

95 Polley (2011), p. 2358 (§ 122a, Rn. 6).

96 Kleinhenz (2008), p. 236; Oechsler (2006), p. 162.

5.5.3 Het medezeggenschapsbegrip

5.5.3.1 Definitie van medezeggenschap

Evenals de Nederlandse implementatiewetgeving bevat het MgVG een definitie van het Europese begrip medezeggenschap. § 2 Abs. 7 MgVG luidt:

‘Mitbestimmung bedeutet die Einflussnahme der Arbeitnehmer auf die Angelegenheiten einer Gesellschaft durch

- 1) die Wahrnehmung des Rechts, einen Teil der Mitglieder des Aufsichts- oder Verwaltungsorgans der Gesellschaft zu wählen oder zu bestellen, oder*
- 2) die Wahrnehmung des Rechts, die Bestellung eines teils oder aller Mitglieder des Aufsichts- oder Verwaltungsorgans der Gesellschaft zu empfehlen oder abzulehnen.’*

De definitie komt overeen met de medezeggenschapsdefinitie in het SEBG. Nagel stelt dat de definitie haast woordelijk de tekst van art. 2 (k) SE-Richtlijn volgt.⁹⁷ Er is evenwel een belangrijk verschil. § 2 Abs. 7 MgVG gaat uit van de invloed van werknemers, terwijl art. 2 (k) SE-Richtlijn het heeft over de invloed van het orgaan dat de werknemers vertegenwoordigt en/of de werknemersvertegenwoordigers. Duitsland heeft de definitie (onbewust) aan zijn nationale medezeggenschapsstelsel aangepast, waarbinnen de werknemers doorgaans direct invloed uitoefenen op de samenstelling van de *Aufsichtsrat*. Wordt de Duitse definitie letterlijk uitgelegd, dan vallen de Nederlandse medezeggenschapsrechten buiten het toepassingsbereik. In Nederlandse kapitaalvennootschappen oefent de (centrale) ondernemingsraad de medezeggenschap uit. Een letterlijke uitleg ligt niet voor de hand. Dat zou immers ook consequenties hebben voor de Duitse medezeggenschapsrechten die in vennootschappen met meer dan 8.000 werknemers in dienst door gedelegeerden worden uitgeoefend. Bovendien is Duitsland gehouden tot een richtlijnconforme interpretatie. Nu niet blijkt dat de Duitse wetgever bewust van art. 2 (k) SE-Richtlijn is afgeweken, moet men de zinsnede *‘Einflussnahme der Arbeitnehmer’* zo uitleggen dat de invloed die wordt uitgeoefend door een orgaan dat de werknemers vertegenwoordigt eveneens valt onder de Duitse definitie van medezeggenschap.

Ook op een ander punt is § 2 Abs. 7 MgVG met de Tiende Richtlijn in strijd. De definitie verstaat onder medezeggenschap de invloed op de samenstelling van het toezichthoudende en het bestuursorgaan. Strikt genomen valt de invloed op de samenstelling van het leidinggevende orgaan niet onder het bereik. Deze onjuiste wijze van implementeren kan problemen opleveren bij een fusie met een Nederlandse NV waarin het spreekrecht (eveneens) op het leidinggevende orgaan betrekking heeft. Binnen het Nederlandse vennootschapsrecht is het leidinggevende orgaan in een dualistische structuur het bestuur en in een monistische structuur het uitvoerende bestuur. Nu het leidinggevende orgaan deel uitmaakt van het

⁹⁷ Nagel (2009), p. 353 waar hij verwijst naar zijn commentaar bij de identieke bepaling in het SEGB op p. 91 (§ 2, Rn. 20).

bestuursorgaan en de Duitse definitie wel de invloed op het bestuursorgaan noemt, biedt ook hier de techniek van richtlijnconform interpreteren uitkomst.

5.5.3.2 Reikwijdte ten aanzien van de Duitse medezeggenschapsrechten

In de Duitse literatuur is veel geschreven over de vraag welke nationale medezeggenschapsrechten vallen onder de Europese definitie van medezeggenschap. De literatuur is eensgezind over de rechtstreeks en via gedelegeerden uit te oefenen benoemingsrechten ten aanzien van de leden van de *Aufsichtsrat*. Dat is medezeggenschap in de zin van de Tiende Richtlijn. Er bestaat minder duidelijkheid over de positie van de *Arbeitsdirektor* binnen het leidinggevende orgaan (zie hoofdstuk 4.3.4.4 en 4.4.5.2). De positie van de *Arbeitsdirektor* is relevant, omdat de Tiende Richtlijn tevens de invloed van werknemers(vertegenwoordigers) op het leidinggevende orgaan (in het Duitse dualistische systeem de *Vorstand* dan wel de *Geschäftsführer*) onder het medezeggenschapsbegrip schaaft.

De Duitse wetgever stelt in § 27 Abs. 2 MgVG een *Arbeitsdirektor* verplicht voor vennootschappen met een medezeggenschapssysteem op grond van het MgVG. Dit duidt erop dat de Duitse wetgever meent dat deze vorm van medezeggenschap geen bescherming geniet bij een grensoverschrijdende fusie. Het merendeel van de Duitse auteurs onderschrijft dit standpunt.⁹⁸ Ter onderbouwing draagt men twee argumenten aan. Het eerste argument is dat de gehele *Aufsichtsrat* – en niet alleen de werknemersvertegenwoordigers – de *Arbeitsdirektor* in het leidinggevende orgaan benoemt. Dit argument is weinig overtuigend. Hoewel de gehele *Aufsichtsrat* tot benoeming bevoegd is, komt aan de werknemersvertegenwoordigers binnen dit orgaan feitelijk het recht toe tot het maken van bezwaar.⁹⁹ Art. 2 (k) SE-Richtlijn noemt het maken van bezwaar als een afzonderlijke vorm van medezeggenschap. Dat de werknemersvertegenwoordigers de benoeming niet kunnen tegenhouden, doet hier niet aan af. De Europese medezeggenschapsdefinitie vereist niet dat het resultaat van het medezeggenschapsrecht juridisch afdwingbaar is.¹⁰⁰ Het tweede argument dat wordt genoemd, is dat de *Arbeitsdirektor* na zijn benoeming de gehele vennootschap en niet slechts de werknemers vertegenwoordigt.¹⁰¹ Dit argument

98 Kleinhenz (2008), p. 328; Krause & Janko (2007), p. 2196; Schubert (2007), p. 11. Anders Lunk & Hinrichs (2007), p. 780.

99 Deze redenering gaat niet op voor het Nederlandse recht. Hoewel de niet-uitvoerende bestuurders dan wel de commissarissen in een structuurvennootschap waarop het volledige regime van toepassing is eveneens bevoegd zijn de (uitvoerende) bestuurders te benoemen, zijn de tot benoeming bevoegde niet-uitvoerende bestuurders dan wel commissarissen niet te beschouwen als werknemersvertegenwoordigers in de zin van de Tiende Richtlijn. Tijdens de besluitvorming vertegenwoordigen alle leden (ook de leden ten aanzien van wier benoeming medezeggenschap gold) het vennootschappelijke belang.

100 De werknemersvertegenwoordigers in de *Aufsichtsrat* hebben op grond van het Montan-MitbestG overigens wel de mogelijkheid de benoeming van de *Arbeitsdirektor* tegen te houden (zie hoofdstuk 4.3.5.2).

101 Schubert (2007), p. 11.

overtuigt evenmin. Zou de stelling juist zijn, dan zou het spreekrecht noch het (versterkte) aanbevelingsrecht Europese medezeggenschap zijn. In Nederland worden alle leden van het toezichthoudende en het bestuursorgaan – met inbegrip van degenen ten aanzien van wier benoeming medezeggenschap geldt – geacht onafhankelijk te zijn en zich bij hun handelen te richten naar het vennootschappelijke belang. Ook deze invloed heeft de Tiende Richtlijn op het oog.¹⁰² Nu beide argumenten geen stand houden, meen ik dat de invloed op de benoeming van de *Arbeitsdirektor* valt onder het Europese begrip van medezeggenschap.

5.5.4 Hoofregel en uitzonderingen

De §§ 4 en 5 omvatten de implementatie van de hoofregel en uitzonderingen van art. 16 Tiende Richtlijn. In de memorie van toelichting geeft de Duitse wetgever aan dat de hoofregel van § 4 eerder uitzondering dan regel zal zijn.¹⁰³ § 5 MgVG gaat uit van drie uitzonderingen. De tekst verklaart de eis dat de vennootschap meer dan 500 werknemers heeft alleen van toepassing op de eerste uitzondering.¹⁰⁴ De Duitse literatuur is verdeeld over de vraag of deze wijze van implementeren richtlijnconform is. Schubert stelt dat de eis van meer dan 500 werknemers als drempelwaarde voor alle drie de uitzonderingen behoort te gelden.¹⁰⁵ Ter motivering verwijst zij naar het overkoepelende doel van de Tiende Richtlijn dat is gericht op het niet onnodig bemoeilijken van een grensoverschrijdende fusie. Pas indien meer dan 500 werknemers onderworpen raken aan een versoberd medezeggenschapsregime zouden onderhandelingen gerechtvaardigd zijn. Ook Drinhausen en Keinath beschouwen de voorwaarde als algemene drempelvoorwaarde.¹⁰⁶ Heuschmidt en Kisker bestrijden deze opvatting met verwijzing naar de opmaak en de tekst van art. 16 Tiende Richtlijn.¹⁰⁷ Aanvullende argumenten vinden zij in Raadsdocument nr. 15315/04 en overweging 13 preambule Tiende Richtlijn. Voor de meeste Duitse vennootschappen met enige vorm van medezeggenschap heeft deze discussie overigens geen praktische relevantie. Vennootschappen met een medezeggenschapsregime hebben in de regel meer dan 500 werknemers. De discussie is wel relevant voor Duitse vennootschappen zonder medezeggenschapsregime die als verkrijgende vennootschap een fusie aangaan met een buitenlandse vennootschap met enig medezeggenschapsregime maar minder dan 500 werknemers. De wettekst is evenwel duidelijk. De eis van meer dan 500 werknemers geldt alleen voor de eerste uitzondering.

102 De tekst van art. 2 (k) SE-Richtlijn stelt niet als voorwaarde dat de medezeggenschap resulteert in een werknemersvertegenwoordiger binnen het betreffende orgaan.

103 Kleinheinz (2008), p. 320.

104 BT-Drucksache 16/2922 (Begründung), p. 20.

105 Schubert (2007), p. 11-12.

106 Drinhausen & Keinath (2010), p. 401-402. In tegenstelling tot Schubert menen deze auteurs dat de eis van meer dan 500 werknemers als drempelwaarde heeft te gelden voor de tweede en derde uitzondering. Zij kennen aan de eerste uitzondering geen zelfstandige betekenis toe.

107 Heuschmidt (2006), p. 187; Kisker (2006), p. 206-211.

5.5.4.1 Hoofdregeel

In tegenstelling tot Nederland heeft Duitsland de hoofdregeel van art. 16 lid 1 Tiende Richtlijn wel geïmplementeerd. Dit is gebeurd in § 4 MgVG. De tekst van § 4 MgVG is voor meerdere interpretaties vatbaar. Voor het toepasselijke medezeggenschapsrecht wordt verwezen naar het recht van de lidstaat waar de uit de fusie ontstane vennootschap *ihren Sitz* heeft. Het is niet duidelijk of de wetgever doelt op de in de statuten genoemde zetel, de in de registers ingeschreven statutaire zetel of de werkelijke zetel.¹⁰⁸ De parlementaire stukken bieden geen helderheid. Ook de Duitse vertaling van de Tiende Richtlijn geeft geen uitsluitsel nu daar dezelfde bewoordingen zijn gebruikt. De andere taalversies van de Tiende Richtlijn zijn duidelijker. De Engelse versie gaat uit van *registered office*, de Franse van *siège statutaire* en de Nederlandse van *statutaire zetel*. Dit rechtvaardigt de conclusie dat de Europese wetgever voor het toepasselijke recht bij de statutaire zetel aansluiting heeft gezocht (zie ook paragraaf 5.2). Nagel meent dat § 4 MgVG dienovereenkomstig moet worden uitgelegd.¹⁰⁹ Dat acht ik juist. Een andere uitleg komt bovendien in strijd met de rechtspraak van het Hof van Justitie. Op grond daarvan is het Duitsland – behoudens dwingende redenen van algemeen belang – niet toegestaan zijn nationale medezeggenschapsrecht toe te passen op een buitenlandse vennootschap die slechts haar werkelijke zetel in Duitsland heeft.¹¹⁰

De hoofdregeel heeft tot gevolg dat de uit de fusie ontstane vennootschap met statutaire zetel in Duitsland is onderworpen aan het Duitse nationale medezeggenschapsrecht. Afhankelijk van het aantal werknemers en het doel van de vennootschap is dat het DrittelbG, MitbestG of Montan-MitbestG. Doordat het Duitse medezeggenschapsrecht geen inlooperperiode kent, is het betreffende medezeggenschapsregime direct op de uit de fusie ontstane vennootschap van toepassing. Ook bij een nieuw ontstane vennootschap. Anders dan in Nederland, is het voor een AG en een KGaA met minder dan 500 werknemers niet mogelijk vrijwillig een medezeggenschapsregime van toepassing te verklaren om zo het alternatieve regime buiten de deur te houden.¹¹¹ De GmbH heeft deze mogelijkheid wel. Hoewel het GmbHG – met verwijzing naar § 101 AktG – de aandeelhouders het recht tot

108 In gelijke zin Schubert (2007), p. 9-10; Kleinhenz (2008), p. 319.

109 Nagel (2009), p. 354 (§ 4). Ook Krause & Janko (2007), p. 2195 gaan hiervan uit

110 HvJ EG 30 september 2003, nr. C-167/03, *NJ* 2004/394 m.nt. Vlas, *JOR* 2003/249 m.nt. Vossestein (*Inspire Art Ltd.*). Het Hof van Justitie overwoog dat het lidstaten niet is toegestaan hun nationale recht toe te passen op vennootschappen die zijn onderworpen aan het recht van een andere lidstaat, tenzij die regels een rechtvaardiging vinden in het Unierecht of in dwingende redenen van algemeen belang. Het is niet duidelijk of de bescherming van de medezeggenschap een dwingende reden van algemeen belang is.

111 Raiser & Veil (2009), p. 569 (§ 1, Rn. 26); Oetker (2008), p. 45 (Vorbem, Rn. 101). De auteurs verwijzen naar het AktG dat in § 96 Abs. 1 bepaalt dat de *Aufsichtsrat* bij het ontbreken van medezeggenschap door de algemene vergadering wordt samengesteld, terwijl § 23 Abs. 5 AktG afwijking bij de statuten niet toestaat.

samenstelling van de *Aufsichtsrat* toekent, ontbreekt een verbod tot afwijking in de statuten.¹¹²

5.5.4.2 Uitzondering 1: grote ondernemingen

De eerste uitzondering is bijna één op één uit de Duitse vertaling van de Tiende Richtlijn overgenomen in § 5 Nr. 1 MgVG. Indien in de zes maanden voorafgaand aan de openbaarmaking van het fusievoorstel minstens één van de deelnemende vennootschappen meer dan 500 werknemers heeft en werkt met een systeem van medezeggenschap, bestaat een verplichting tot onderhandelen. Het valt op dat de wettekst – in lijn met de Duitse versie van de Tiende Richtlijn – uitgaat van het uit de SE-Richtlijn bekende begrip ‘deelnemende vennootschappen’, terwijl de Franse, Engelse en Nederlandse versies van de Tiende Richtlijn spreken van ‘fuserende vennootschappen’. Deze Duitse toevoeging is richtlijnconform. Ook de Europese wetgever had bij de eerste uitzondering de deelnemende vennootschappen voor ogen (zie hoofdstuk 3.5.3).

De memorie van toelichting vermeldt dat de eerste uitzondering zich naar verwachting regelmatig zal voordoen.¹¹³ Reden is dat de drempelwaarde van 500 werknemers gelijk is aan de in het DrittelbG geldende drempelwaarde.¹¹⁴

Welke arbeidskrachten voor de drempelwaarde als werknemers worden beschouwd, is afhankelijk van de rechtsvoorschriften en rechtspraktijken in de lidstaat waar de betreffende persoon werkzaam is (§ 2 Abs. 1 MgVG). In lijn met de Tiende Richtlijn heeft de Duitse wetgever gekozen voor een nationale invulling van het werknemersbegrip. Naar Duits recht omvat het werknemersbegrip de *Arbeitnehmer* en de *Angestellte*. De tekst van § 2 Abs. 1 noemt ook expliciet de *leitende Angestellte*, personen die in het kader van hun beroepsopleiding in de onderneming werkzaam zijn en thuiswerkers. Volgens Nagel blijkt uit de context van de bepaling en uit de verwijzing naar § 5 Abs. 2 Satz 2 BetrVG dat met het werknemersbegrip is bedoeld op de betekenis van het begrip in § 5 Abs. 1 BetrVG.¹¹⁵ Dit heeft tot gevolg dat ter beschikking gestelde werknemers niet relevant zijn voor het drempelvereiste indien de inlener als deelnemende vennootschap bij de fusie optreedt (vgl. hoofdstuk 4.3.3.1). Bij deze uitleg kan men vraagtekens plaatsen. Op basis van het Duitse nationale medezeggenschapsrecht genieten uitzendkrachten en gedetacheerden actief kiesrecht indien zij langer dan drie maanden werkzaam zijn in de door de vennootschap in stand gehouden onderneming. De eerste uitzondering heeft als doel

¹¹² Ulmer & Habersack (2013), p. 69-70 (§ 1, Rn 23); Fichtelmann (2009), p. 498 (§ 52, Rn. 10); Henssler (2008), p. 1024; Hanau (2001b). Ook Oetker (2011), p. 1823 (Einführung, Rn. 8) lijkt hiervan uit te gaan.

¹¹³ BT-Drucksache 16/2922 (Begründung), p. 16.

¹¹⁴ In gelijke zin Heuschmid (2006), p. 186.

¹¹⁵ Nagel (2009), p. 353 waar hij verwijst naar zijn commentaar bij de identieke bepaling in het SEBG op p. 86 (§ 2, Rn. 2).

de medezeggenschap te beschermen in de situatie dat meer dan 500 werknemers hierop recht hebben. Ook gedetacheerden en uitzendkrachten hebben onder omstandigheden recht op medezeggenschap. Dat maakt deze groep arbeidskrachten voor de drempelwaarde relevant (zie ook hoofdstuk 3.4.2).

Naast de drempelwaarde van 500 werknemers moet de deelnemende vennootschap zijn onderworpen aan een medezeggenschapsregeling zoals gedefinieerd in § 2 Abs. 7 MgVG. Aan deze voorwaarde is voldaan indien het DrittelbG, MitbestG of Montan-MitbestG op de vennootschap van toepassing is. Schubert en Behrens verdedigen dat de eerste uitzondering voorts vereist dat de medezeggenschap van werknemers wordt bedreigd.¹¹⁶ Een andere benadering zou Duitse vennootschappen de mogelijkheid bieden aan het strenge Duitse medezeggenschapsregime te ontkomen. De uitleg van de auteurs ontnemt iedere zelfstandige betekenis aan de eerste uitzondering. Feitelijk treedt de eerste uitzondering dan alleen in werking indien eveneens aan de tweede uitzondering en/of de derde uitzondering is voldaan. Dat verklaart niet dat deze uitzondering aan het einde van de onderhandelingen alsnog aan art. 16 lid 2 Tiende Richtlijn is toegevoegd. De reden was dat de lidstaten het belangrijk vonden dat vennootschappen met een bepaalde personeelsomvang én een medezeggenschapsregime altijd met hun werknemers moesten onderhandelen. Dat onder omstandigheden moet worden onderhandeld zonder een directe bedreiging voor de medezeggenschap is een logisch gevolg. Bovendien leidt de onderhandelingsplicht niet automatisch tot een lichter medezeggenschapsregime zoals de auteurs doen voorkomen. Daarvoor is nog altijd een dubbele gekwalificeerde meerderheid binnen de BOG vereist.

5.5.4.3 Uitzondering 2: 'hoogste aantal-doctrine'

De tweede uitzondering is geïmplementeerd in § 5 Nr. 2 MgVG. Anders dan bij de eerste en derde uitzondering vermeldt de Duitse wetgever niet dat deze uitzondering vaak tot onderhandelingen zal nopen. De Duitse wetgever acht het Duitse medezeggenschapssysteem klaarblijkelijk sterk in vergelijking tot de medezeggenschapsregimes van andere lidstaten. De tweede uitzondering vereist dat men het medezeggenschapsniveau in de deelnemende vennootschappen vergelijkt met het niveau dat in de uit de fusie ontstane vennootschap van toepassing wordt op grond van de hoofdregel. Voor de vergelijking is relevant de omvang van medezeggenschap vastgesteld naar het aandeel van de werknemersvertegenwoordigers:

- a) *im Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan,*
- b) *in Ausschüssen, in denen die Mitbestimmung der Arbeitnehmer erfolgt oder*
- c) *im Leitungsgremium, das für die Ergebniseinheiten der Gesellschaften zuständig ist.*

¹¹⁶ Schubert (2007), p. 11-12; Behrens (2007), p. 188-189.

Tussen de opties a-b-c is het woordje ‘oder’ opgenomen. Het gaat om alternatieven. Werknemersvertegenwoordigers die vanuit hun functie binnen het toezichthoudende orgaan (optie a) werkzaam zijn in de bijbehorende comités (optie b), vallen louter onder optie a.¹¹⁷ Doordat in Duitsland de werknemersvertegenwoordigers in comités tevens deel uitmaken van de *Aufsichtsrat* heeft de uitbreiding tot comités geen invloed op de omvang van de Duitse medezeggenschapsrechten. Overigens omvat de letterlijke tekst van optie b niet slechts de comités van het toezichthoudende, het leidinggevende en/of het bestuursorgaan, maar alle comités die aan medezeggenschap zijn onderworpen. Een dergelijke verruiming ten opzichte van de Tiende Richtlijn lijkt niet beoogd.

De definitie maakt geen onderscheid tussen de verschillende organen of hun comités waarop de medezeggenschap van toepassing is. Ook de intensiteit van de medezeggenschapsrechten – zoals de bevoegdheid te mogen stemmen voor de voorzitter van de *Aufsichtsrat* – blijft buiten beschouwing. Conform de Tiende Richtlijn wordt een puur kwantitatief criterium gehanteerd. Behrens merkt terecht op dat deze systematiek nadelig voor het Duitse medezeggenschapsrecht kan uitpakken. Het algemene aanbevelingsrecht schuift het Duitse benoemingsrecht terzijde indien het algemene aanbevelingsrecht op een groter aantal leden betrekking heeft.¹¹⁸ Opmerkelijk is de mening van Schubert. Volgens Schubert tellen voor de weging slechts de medezeggenschapsrechten mee die resulteren in een ‘echte’ werknemersvertegenwoordiger.¹¹⁹ Zij doelt op een lid dat binnen het orgaan expliciet de werknemersbelangen behartigt. Haar redenering valt te herleiden tot het Duitse nationale medezeggenschapsrecht dat altijd resulteert in een ‘echte’ werknemersvertegenwoordigers in de *Aufsichtsrat*. De Europese definitie van medezeggenschap beperkt zich echter niet tot ‘echte’ werknemersvertegenwoordigers (vgl. hoofdstuk 3.4.4). Ook het Nederlandse aanbevelingsrecht dat resulteert in een onafhankelijk lid van de raad van commissarissen dan wel het niet-uitvoerende bestuur dient men in de weging te betrekken. Voor het spreekrecht geldt hetzelfde.

5.5.4.4 Uitzondering 3: buitenlandse werknemers

Duitsland heeft de derde uitzondering geïmplementeerd in § 5 Nr. 3 MgVG. Net als de andere twee uitzonderingen sluit de derde uitzondering nauw aan bij de Duitse versie van de Tiende Richtlijn. De Duitse wetgever heeft de verwachting dat deze uitzondering zich regelmatig zal voordoen.¹²⁰ Dat heeft te maken met het territorialiteitsprincipe. Het *DrittelbG*, het *MitbestG* en het *Montan-MitbestG* zijn slechts

117 Kleinheinz (2008), p. 326; Schubert (2007), p. 10.

118 Behrens (2007), p. 186.

119 Schubert (2007), p. 10 gaat uit van een formele benadering en acht alleen de werknemersvertegenwoordigers die ook feitelijk in de betreffende organen zitting hebben relevant voor de omvang van medezeggenschap.

120 BT-Drucksache 16/2922 (Begründung), p. 16.

van toepassing op werknemers met een Duitse arbeidsovereenkomst die regelmatig in een Duitse vestiging werkzaam zijn.¹²¹

De Duitse literatuur is niet eensgezind over het toepassingsbereik van de derde uitzondering. De discussie richt zich op de vraag (i) of is vereist dat de uit de fusie ontstane vennootschap aan medezeggenschap is onderworpen en zo ja, (ii) of deze vennootschap buitenlandse werknemers in dienst moet hebben die voorafgaand aan de fusie recht hadden op medezeggenschap. Brandes hanteert een abstracte benadering. Het is volgens hem irrelevant of de uit de fusie ontstane vennootschap aan medezeggenschap is onderworpen. Ook is niet van belang of de uit de fusie ontstane vennootschap buitenlandse werknemers in dienst heeft en zo ja, of deze werknemers voorafgaand aan de fusie medezeggenschap kenden. Het enkele gevaar op benadeling is volgens Brandes voldoende voor het inwerking treden van de derde uitzondering.¹²² Deze abstracte uitleg biedt Duitse vennootschappen de mogelijkheid om met behulp van het MgVG de toepassing van het nationale medezeggenschapsrecht te omzeilen.¹²³ Het volgende voorbeeld illustreert dit:

Een GmbH heeft 400 werknemers in dienst en is niet onderworpen aan enige vorm van medezeggenschap. Het bestuur van de GmbH heeft plannen tot uitbreiding, maar schuwt de gedachte dat op de vennootschap medezeggenschap van toepassing wordt. De GmbH richt in Nederland een BV op met als doel hiermee te fuseren waarbij de GmbH als de verkrijgende vennootschap optreedt. Doordat het Duitse medezeggenschapsrecht uitgaat van het territorialiteitsprincipe treedt bij een abstracte uitleg van de derde uitzondering het alternatieve regime in werking. Nu beide vennootschappen niet aan enige vorm van medezeggenschap zijn onderworpen, verplichten de referentievoorschriften niet tot medezeggenschap. In de uit de fusie ontstane vennootschap komt dus geen medezeggenschapssysteem tot stand. Door de structuur van de SE-Richtlijn (die tevens voor de Tiende Richtlijn geldt), wordt deze medezeggenschapsvrije situatie zogenoemd 'bevroren' en treedt daarin in beginsel geen verandering meer op. De GmbH kan zo bewerkstelligen dat in de vennootschap een medezeggenschapsvrij regime tot stand komt dat in de regel blijft gelden ongeacht een latere personeelstoename.

Deze uitkomst brengt de meerderheid van de Duitse auteurs tot een meer concrete benadering. In die uitleg vereist de derde uitzondering dat de uit de fusie ontstane vennootschap aan enige vorm van medezeggenschap is onderworpen. Nikoleyczik & Führ achten niet van belang of de buitenlandse werknemers voorafgaand aan de

¹²¹ Zie § 3 DrittelbG en § 3 MitbestG die beide verwijzen naar het werknemersbegrip in § 5 Abs. 1 BetrVG. Het Montan-MitbestG kent geen definitie van het begrip werknemer. Oetker (2011), p. 2313 (§ 1, Rn. 1) zoekt - in navolging van het DrittelbG en het MitbestG - eveneens aansluiting bij het BetrVG.

¹²² Brandes (2008), p. 2196.

¹²³ Drinhausen & Keinath (2010), p. 401; Nikoleyczik & Führ (2010), p. 1744-1745; Müller-Bonanni & Müntefering (2009b), p. 2349; Kleinhenz (2008), p. 329.

fusie medezeggenschap kenden, althans merken daarover niets op.¹²⁴ Deze eis stelt Kleinhenz wel.¹²⁵

Duidelijk is dat de meningen in de Duitse literatuur uiteenlopen. In lijn met mijn overwegingen in hoofdstuk 3.5.5 sta ik een concrete benadering voor waarbij niet van belang is of de buitenlandse werknemers voorafgaand aan de fusie aan medezeggenschap onderworpen waren. Of ook de Duitse wetgever deze concrete uitleg voor ogen had, valt gezien de memorie van toelichting evenwel te betwijfelen. De memorie van toelichting vermeldt: '*Voraussetzung ist jedoch, dass das Sitzstaatsrecht den Arbeitnehmern in Betrieben eines anderen Mitgliedstaates nicht den gleichen Anspruch auf Ausübung von Mitbestimmungsrechten einräumt, wie sie den Arbeitnehmern in demjenigen Mitgliedstaat gewährt werden, in dem die aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft ihren Sitz hat.*'¹²⁶ De aansluiting bij het nationale medezeggenschapsrecht wijst in de richting van de abstracte uitleg.

5.5.5 Het alternatieve regime

Het Duitse nationale medezeggenschapsrecht wordt binnen Europa beschouwd als één van de sterkste vormen van medezeggenschap. Desondanks blijkt uit het voorgaande dat Duitse vennootschappen met enige vorm van medezeggenschap doorgaans aan het alternatieve regime zijn onderworpen als de uit de fusie ontstane vennootschap zich in Duitsland vestigt. Het alternatieve regime blijft kort gezegd slechts buiten toepassing indien alle aan de fusie deelnemende vennootschappen geen medezeggenschap kennen en zelfs daarover bestaat discussie in het licht van de derde uitzondering. Feit is dat het alternatieve regime een belangrijke rol vervult bij een fusie tussen een Nederlandse en Duitse vennootschap waarbij Duitsland het vestigingsland is.

Het alternatieve regime is neergelegd in de §§ 6 - 35 MgVG en is opgedeeld in vier delen (Teil 2 t/m 5). Teil 2 gaat in op de BOG. Wat is de samenstelling, hoe verlopen de verkiezingen en welke rechten heeft de BOG tijdens de onderhandelingen? Teil 3 geeft voorschriften over de inhoud van medezeggenschap bij overeenkomst en bij toepassing van de referentievoorschriften. Dit deel regelt eveneens de verhouding tot het nationale medezeggenschapsrecht. Teil 4 betreft de bescherming en geheimhoudingsplicht en in Teil 5 zijn de straf- en boetebepalingen opgenomen.

5.5.6 De BOG

De bepalingen inzake de BOG zijn naar het voorbeeld van het SEBG vormgegeven. De BOG wordt op schriftelijk verzoek van de leidinggevende organen samengesteld.

¹²⁴ Nikoleyczik & Führ (2010), p. 1744-1745.

¹²⁵ Kleinhenz (2008), p. 328-329.

¹²⁶ BT-Drucksache 16/2922 (Begründung), p. 20

Gedoeld is op de leidinggevende organen van de deelnemende vennootschappen.¹²⁷ Oprichting kan achterwege blijven, indien de leidinggevende organen zich zonder onderhandelingen verlaten op de referentievoorschriften (zie hierna paragraaf 5.5.8).

Samenstelling BOG

De samenstelling van de BOG volgt uit de §§ 6-9 MgVG. Indien de leidinggevende organen van de deelnemende vennootschappen van oordeel zijn dat het alternatieve regime in werking treedt, informeren zij – bij het overleggen van het fusieplan – ongevraagd en onverwijld de werknemers(vertegenwoordigers) van de deelnemende vennootschappen, betrokken dochterondernemingen en vestigingen. De informatieplicht geldt ook ten aanzien van de Duitse *Sprecherausschüsse*.¹²⁸ De informatieplicht richt zich in het bijzonder op (i) de identiteit en de structuur van de deelnemende vennootschappen, dochterondernemingen en vestigingen en hun verdeling over de lidstaten, (ii) de in deze vennootschappen en vestigingen bestaande werknemersvertegenwoordiging, (iii) het aantal werkzame werknemers in de vennootschappen en vestigingen en het totale aantal werkzame werknemers per lidstaat en (iv) de mate van medezeggenschap voor zover die bestaat in de vennootschappen. De Duitse wet gaat met de punten 2 en 4 verder dan de Tiende Richtlijn. Nu art. 3 SE-Richtlijn spreekt over ‘het nodige – waaronder (...)’, hetgeen duidt op een minimumvoorschrift, is een hogere beschermingsgraad toegestaan.

Hoewel op het niet onverwijld overleggen van de informatie formeel geen sanctie staat, kan de BOG pas worden samengesteld nadat de informatie is verstrekt (§ 13 Abs. 1 MgVG). De deelnemende vennootschappen hebben dus baat bij het zo spoedig mogelijk overleggen van de informatie.

De verdeling van de BOG-leden geschiedt aan de hand van § 7 Abs. 1-4 MgVG. Conform de Tiende Richtlijn krijgen de werknemers van een lidstaat tot iedere 10% dat zij deel uitmaken van het totale werknemersbestand één BOG-lid toegewezen. Aan de verdwijnende vennootschappen met werknemers kunnen extra zetels worden toegekend, voor zover het aantal niet meer dan 20% van de op grond van de hoofdregel toegekende zetels betreft. Wanneer het aantal extra zetels de 20% overschrijdt, worden de zetels in dalende volgorde van het aantal werknemers per lidstaat verdeeld. Deze uitwerking sluit aan bij de Nederlandse en Belgische wijze van implementeren.

¹²⁷ BT-Drucksache 16/2922 (Begründung), p. 20.

¹²⁸ Het Duitse implementatierecht noemt de *Sprecherausschuss* expliciet naast de werknemersvertegenwoordigers, aangezien het begrip ‘werknemersvertegenwoordigers’ in het MgVG slechts de vertegenwoordiging van de werknemers op grond van het BetrVG omvat en de *leitende Angestellte* hier niet onder valt (zie de begripsomschrijving in § 2 Abs. 6 MgVG). De *Sprecherausschuss* vertegenwoordigt de groep *leitende Angestellten* binnen de onderneming. De *Sprecherausschuss* is bevoegd ten aanzien van elk zevende Duitse BOG-lid een kieslijst op te stellen voor de werknemersvertegenwoordiger vanuit de groep *leitende Angestellten*. Om die reden geldt de informatieplicht ook jegens de *Sprecherausschuss*.

De toekenning mag evenmin leiden tot een ‘dubbele vertegenwoordiging’. Nagel en Kleinsorge menen dat bij de Duitse BOG-leden nooit sprake kan zijn van een ‘dubbele vertegenwoordiging’.¹²⁹ Zij noemen als reden dat ieder Duits BOG-lid een gelijk deel van de werknemers vertegenwoordigt, zodat Duitse werknemers niet tweemaal (en dus dubbel) vertegenwoordigd kunnen zijn. Deze uitleg is niet juist. De evenredige vertegenwoordiging waarnaar de auteurs verwijzen is slechts bepalend voor het stemgewicht binnen de BOG. Hoe zit het dan wel? Wet noch wetsgeschiedenis gaat in op de betekenis van ‘dubbele vertegenwoordiging’. Bij de verkiezing van de BOG-leden vermeldt de memorie van toelichting dat vakbonds-vertegenwoordigers en *leitende Angestellten* niet aan een vennootschap zijn toe te rekenen.¹³⁰ Hieruit leid ik af dat een deelnemende vennootschap eerst dan in de BOG is vertegenwoordigd voor zover een werknemer van die vennootschap in de BOG zitting heeft. Deze uitleg kan worden doorgetrokken naar het begrip ‘dubbele vertegenwoordiging’. Concreet betekent dit dat de lidstaten de aan hen toegekende extra zetel(s) dienen toe te wijzen aan de verdwijnende deelnemende vennootschap die nog geen werknemer in de BOG heeft. Deze uitleg is conform de Tiende Richtlijn (vgl. hoofdstuk 3.7.2).

In lijn met het Nederlandse recht verplicht het Duitse recht onder omstandigheden tot een aanpassing van een reeds samengestelde BOG. Dit is het geval bij iedere verandering in de structuur van de vennootschappen en/of het werknemersaantal (§ 7 Abs. 4 MgVG). Volgens Krausse is deze verplichting in strijd met het Europese recht, aangezien de SE-Richtlijn een dergelijke bepaling niet kent.¹³¹ Lunk & Hinrichs zijn dezelfde mening toegedaan.¹³² De Duitse wetgever rechtvaardigt de bepaling met verwijzing naar het voorschrift dat de BOG representatief moet zijn samengesteld.¹³³ Dit argument overtuigt niet. De plicht om bij iedere wijziging de BOG opnieuw samen te stellen (en dus nieuwe verkiezingen uit te schrijven) levert geen essentiële bijdrage aan de bescherming van medezeggenschap. De plicht verkleint de kans dat de BOG met de besturen tot een overeenkomst komt. De onderhandelingstermijn van zes maanden loopt ondertussen gewoon door. Net als haar Nederlandse equivalent moet men § 7 Abs. 4 MgVG zo uitleggen dat de aanpassing van de BOG slechts geldt bij het afhaken en/of het alsnog deelnemen van een vennootschap bij de fusie.

129 Kleinsorge (2009), p. 105 (§5, Rn. 5) gaat van deze uitleg uit in zijn commentaar bij de SEBG. Nagel (2009), p. 359 (§ 7) verwijst in zijn commentaar bij het MgVG naar de identieke bepaling in het SEBG en het daarbij door Kleinsorge verzorgde commentaar.

130 BT-Drucksache 16/2922 (Begründung), p. 22.

131 Krausse (2005). Zijn opmerkingen richten zich op § 5 Abs. 4 SEBG maar gelden in gelijke zin voor de identieke bepaling van § 7 Abs. 4 MgVG. Overigens meent Krausse dat frictie tussen wetten kan ontstaan indien slechts het Duitse recht een dergelijke bepaling kent. Hij ziet daarbij over het hoofd dat de bepaling een transnationaal karakter heeft.

132 Lunk & Hinrichs (2007), p. 777.

133 BT-Drucksache 16/2922 (Begründung), p. 21.

Verkiezingen van de Duitse BOG-leden

De verkiezing van alle BOG-leden dient plaats te vinden binnen een termijn van tien weken nadat de werknemersvertegenwoordigers de informatie op grond van § 6 MgVG hebben ontvangen.¹³⁴ Dit volgt uit § 13 MgVG. Hiermee wordt voorkomen dat werknemers op tactische gronden de samenstelling van de BOG uitstellen en het fusieproces frustreren. Een dergelijke bepaling is niet in de Tiende Richtlijn terug te vinden, maar is te rechtvaardigen vanuit de gedachte dat de toepassing van de Tiende Richtlijn wordt belemmerd indien de werknemers weigeren verkiezingen uit te schrijven. De gestelde termijn moet de werknemers uiteraard wel in staat te stellen verkiezingen te houden. Een termijn van tien weken – zoals neergelegd in de Duitse wet – lijkt mij redelijk en proportioneel. Dit geldt te meer nu uit de memorie van toelichting blijkt dat een nieuwe (extra) termijn wordt vastgesteld zodra de overschrijding niet aan de werknemers te wijten is.¹³⁵

De inrichting van de verkiezingen is een kwestie van nationaal recht. De verkiezingsprocedure voor de Duitse BOG-leden is neergelegd in § 10 MgVG. Abs. 1 beschrijft het principe van de verkiezingen, Abs. 2-6 de samenstelling van de kiescommissie en Abs. 7 de verkiezingsprocedure in het onwaarschijnlijke geval dat er geen ondernemingsraad is ingesteld. De procedure komt er kort gezegd op neer dat de Duitse BOG-leden worden gekozen door een kiescollege (*Wahlgremium*) dat is samengesteld uit de bevoegde concernondernemingsraden, de gezamenlijke ondernemingsraden of de werknemers. Het primaat van de verkiezingen ligt bij de hoogste ondernemingsraadstructuren. Op deze manier tracht de Duitse wetgever de kosten zo laag mogelijk te houden.¹³⁶ Indien een Duitse SE aan de fusie deelneemt, maakt niet de SE-OR maar de hoogste nationale ondernemingsraad binnen de SE deel uit van het kiescollege.¹³⁷ Het kiescollege stelt de kieslijst op en kiest vervolgens de Duitse BOG-leden met gewone meerderheid, waarbij ieder lid in het college zoveel stemmen heeft als de werknemers die hij vertegenwoordigt. Voorwaarde voor geldige verkiezingen is dat tweederde van het kiescollege dat tweederde van de werknemers vertegenwoordigt, aanwezig is. De voorzitter van de hoogste nationale ondernemingsraad nodigt de kiescommissie uit bij elkaar te komen (§ 11 MgVG).

Het MgVG benoemt in detail de verschillende samenstellingen die het kiescollege kan aannemen (§ 10 MgVG). Indien aan de fusie slechts één Duits concern, één Duitse vennootschap of één Duitse vestiging deelneemt, vormt de hoogste ondernemingsraad binnen het betreffende concern, de vennootschap of de vestiging het kiescollege (Abs. 2 – 3). De ondernemingsraad vertegenwoordigt eveneens de werknemers van een vennootschap van het concern of een vestiging van een vennootschap zonder eigen ondernemingsraad. De samenstelling van het kiescollege

134 Een zelfde termijn kent het Zweedse implementatierecht.

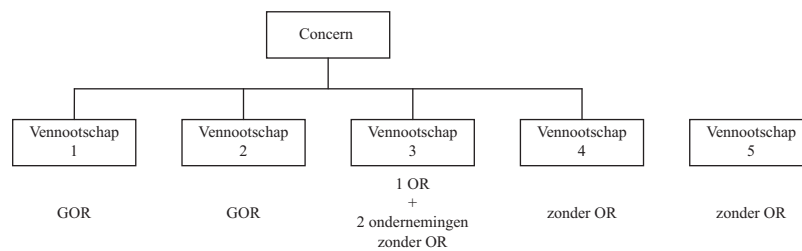
135 BT-Drucksache 16/2922 (Begründung), p. 24.

136 BT-Drucksache 16/2922 (Begründung), p. 22.

137 BT-Drucksache 16/2922 (Begründung), p. 23.

wordt lastiger naarmate meer Duitse concerns en/of van elkaar losstaande vennootschappen of vestigingen aan de fusie deelnemen. In dat geval vormen de bestaande ondernemingsraden gezamenlijk het kiescollege. Werknemers van een losstaand(e) concern, vennootschap of vestiging zonder ondernemingsraad kiezen hun afgevaardigden in een zogenoemde voorverkiezing (*Urwahl*). In het zeldzame geval dat geen van de concerns, vennootschappen en/of vestigingen een ondernemingsraad heeft, kiezen de werknemers de BOG-leden direct.¹³⁸ Het kiescollege bestaat uit maximaal veertig leden.¹³⁹

Het volgende voorbeeld illustreert de samenstelling van het kiescollege.



Is op concernniveau een COR ingesteld, dan bestaat het kiescollege uit:

- de leden van de COR +
- de door de werknemers van vennootschap 5 direct gekozen afgevaardigden

Is op concernniveau geen COR ingesteld, dan bestaat het kiescollege uit:

- de leden van de GOR van vennootschap 1 +
- de leden van de GOR van vennootschap 2 +
- de leden van de OR van vennootschap 3 (de twee ondernemingen zonder OR worden tevens door deze OR vertegenwoordigd) +
- de door de werknemers van vennootschap 5 gekozen afgevaardigden.

NB! Vennootschap 4 heeft geen eigen leden in het kiescollege. Deze werknemers kiezen – anders dan de werknemers van vennootschap 5 – niet zelf hun afgevaardigden, maar worden in het kiescollege vertegenwoordigd door de andere werknemersvertegenwoordigers van het concern (§ 10 Abs. 5 MgVG).

¹³⁸ Deze situatie doet zich niet snel voor, aangezien Duitse ondernemingen op grond van het BetrVG reeds bij vijf werknemers verplicht zijn een ondernemingsraad in te stellen.

¹³⁹ Voor een maximum van veertig is gekozen ten behoeve van de werkzaamheid van het kiescollege. Bestaat het kiescollege uit meer dan veertig leden, dan wordt het aantal verminderd op grond van het hoogste aantal principe zodat de werknemersvertegenwoordiging met het grootst aantal leden als eerste een zetel moet inleveren. Zie over dit onderwerp uitgebreid ten aanzien van de identieke bepaling in het SEBG Kleinsorge (2009), p. 130 (§ 8, Rn. 35-41).

Verkiezbaar zijn de werknemers van de Duitse deelnemende vennootschappen en hun betrokken dochtervennootschappen. Ook de werknemers van de Duitse vestigingen van in het buitenland gevestigde deelnemende vennootschappen zijn verkiesbaar.¹⁴⁰ Ieder zevende BOG-lid is verplicht een *leitende Angestellte*. Daarnaast moet het derde BOG-lid een vakbondsvertegenwoordiger zijn die wordt gekozen uit een door de vakbond(en) opgestelde kieslijst (§ 8 Abs. 3 MgVG). De vakbonden die in één van de vennootschappen of vestigingen zijn vertegenwoordigd (lees: daar hun leden hebben), mogen een kieslijst opstellen. De verplichte aanstelling van vakbondsvertegenwoordigers en *leitende Angestellten* kan botsen met de bepaling dat een Duitse deelnemende vennootschap met werknemers voor zover mogelijk door ten minste één lid (werknemer) in de BOG moet zijn vertegenwoordigd (§ 9 MgVG). Het volgende voorbeeld illustreert de conflict-situatie die zich kan voordoen:

Aan een grensoverschrijdende fusie nemen drie Duitse vennootschappen deel. Aan de hand van de verdelingsregels krijgt Duitsland drie zetels in de BOG toebedeeld. § 9 Abs. 2 MgVG bepaalt dat alle drie de deelnemende vennootschappen met ten minste één lid in de BOG moeten zijn vertegenwoordigd. Deze regel wijst de derde zetel in de BOG toe aan een werknemer van één van de drie deelnemende vennootschappen. Aan de andere kant bepaalt § 8 Abs. 3 MgVG dat de derde BOG-zetel aan een vakbondsvertegenwoordigers toekomt.

De Duitse wetgever kent in de memorie van toelichting voorrang toe aan § 8 Abs. 3 MgVG.¹⁴¹ In het bovengenoemde voorbeeld komt de derde BOG-zetel dus niet aan een werknemer van een deelnemende vennootschap, maar aan een vakbondsvertegenwoordiger toe. De nationale principes winnen het van de Europese. De *Bundesrat* heeft in eerste lezing tegen deze benadering bezwaar gemaakt.¹⁴² Ook de Duitse doctrine plaatst vraagtekens bij de richtlijnconformiteit van deze benadering.¹⁴³ Ik sluit mij bij deze bezwaren aan. Art. 3 lid 2 (b) SE-Richtlijn bepaalt dat lidstaten er in de mate van het mogelijke voor moeten zorgen dat elke deelnemende vennootschap met werknemers door ten minste één lid in de BOG is vertegenwoordigd. Gedoeld is op een werknemer uit de betreffende vennootschap en niet op een vakbondsvertegenwoordiger. Het is de Duitse deelnemende vennootschappen daarom niet toegestaan

140 De Duitse BOG-leden moeten een evenredige weerspiegeling zijn van het numerieke aantal mannen en vrouwen dat in de vennootschap of het filiaal werkzaam is. Ook moet voor ieder BOG-lid direct een vervanger worden gekozen. Dit voorkomt dat bij voortijdig vertrek van een BOG-lid (bijvoorbeeld wegens ontslag of overlijden) het werk in de BOG moet worden onderbroken.

141 BT-Drucksache 16/2922 (Begründung), p. 22. De Duitse wetgever motiveert de verplichte aanstelling van de vakbondsvertegenwoordigers en de *leitende Angestellten* met verwijzing naar het nationale medezeggenschapsrecht.

142 BT-Drucksache 540/06 (Beschluss Bundesrates), p. 3. De *Bundesrat* heeft het bezwaar in tweede lezing zonder nadere motivering laten vallen.

143 Lunk & Hinrichs (2007), p. 776.

een vakbondsvertegenwoordiger voor te dragen indien niet reeds een werknemer uit de betreffende vennootschappen in de BOG zitting heeft.

Geheimhoudingsbepalingen

Anders dan in het Nederlandse recht, geldt de in § 31 MgVG neergelegde plicht tot geheimhouding terecht voor de BOG als collectief in het geval dat Duitsland het vestigingsland is van de uit de fusie ontstane vennootschap. Het *Arbeitsgericht* is de bevoegde instantie bij geschillen tussen de BOG en de besturen over de toepassing van § 31 MgVG (§ 2a Abs. 1 Nr. 3d ArbGG).

Abs. 1 biedt het bestuur van de deelnemende vennootschap(pen) de mogelijkheid bepaalde informatie niet aan de BOG te overleggen. Dit is toegestaan indien bekendmaking van de informatie de deelnemende vennootschappen, de uit de fusie ontstane vennootschap of de betrokken dochterondernemingen en/of vestigingen kan schaden. Aan de vrees moeten objectieve criteria ten grondslag liggen. Subjectieve vrees is onvoldoende. Welke objectieve criteria relevant (kunnen) zijn voor de beoordeling, blijkt uit wet noch parlementaire geschiedenis. Dit wordt per geval bepaald, waarbij het ondernemingsbelang als een geheel maatgevend is.¹⁴⁴

Abs. 2 regelt onder welke voorwaarden de BOG is gehouden tot geheimhouding. Bedrijfsgeheimen waarmee de leden in hun functie als BOG-lid bekend raken en die door het bestuur uitdrukkelijk als vertrouwelijk zijn bestempeld, mogen niet aan derden worden medegedeeld. Het MgVG definieert het begrip bedrijfsgeheimen niet. De wetsgeschiedenis bij de soortgelijke bepaling in het SEBG verwijst ter toelichting naar de geheimhoudingsplicht van § 79 BetrVG en de op basis van deze paragraaf ontwikkelde rechtspraak.¹⁴⁵ In dat licht zijn bedrijfsgeheimen feiten, inzichten en documenten die met de technische of economische activiteit van de onderneming van doen hebben en die slechts voor een kleine kring personen toegankelijk en bekend zijn en geheim dienen te blijven op basis van gerechtvaardigde motieven.¹⁴⁶ Het valt op dat het Duitse recht te allen tijde vereist dat het bestuur de bedrijfsgeheimen als vertrouwelijk bestempelt. Het is niet voldoende dat de BOG-leden de vertrouwelijkheid hebben moeten beseffen, zoals het Nederlandse recht bepaalt.

De geheimhouding geldt met betrekking tot derden. Dit zijn *‘diegene jegens wie niet zelf een gelijkwaardige geheimhoudingsplicht geldt’* (§ 79 BetrVG). De vraag rijst of de BOG-leden vrij zijn informatie waarop geheimhouding rust door te spelen aan nationale medezeggenschapsvertegenwoordigers, nu voor deze groep op grond van § 79 BetrVG eveneens een geheimhoudingsplicht geldt. Deze vraag kent een

144 Met betrekking tot de identieke bepaling in het SEBG merkt Nagel (2009), p. 248 (§ 41, Rn. 6) op dat het ondernemingsbelang niet alleen wordt ingekleurd door het belang van de aandeelhouders maar ook door andere belangen.

145 BT-Drucksache 438/04 ((Begründung), p. 141.

146 Fitting, Engels & Tribenger e.a. (2012), p. 1233 (§ 79, Rn. 3).

ontkennend antwoord. Ten eerste strekt de geheimhoudingsplicht van nationale medezeggenschapsvertegenwoordigers zich niet uit tot de aan de BOG verstrekte informatie. Ten tweede heeft de Duitse wetgever in § 31 Abs. 3 MgVG expliciet bepaald ten opzichte van welke personen de geheimhoudingsplicht niet geldt. Daaronder vallen de overige BOG-leden, hun plaatsvervangers, de deskundigen, de tolken en de werknemersvertegenwoordigers in het toezichthoudende of bestuursorgaan van de uit de fusie ontstane vennootschap. De nationale werknemersvertegenwoordigers komen in het rijtje niet voor. Het is opmerkelijk dat de werknemersvertegenwoordigers in het toezichthoudende en bestuursorgaan van de uit de fusie ontstane vennootschap van de geheimhoudingsplicht zijn uitgesloten. Gedurende de periode dat de BOG in functie is, zijn deze werknemersvertegenwoordigers er immers nog niet. Sterker nog, over hun rol moet nog worden onderhandeld. De achterliggende gedachte zal zijn dat de BOG-leden ook nadat de BOG is opgeheven aan geheimhouding gebonden blijven.

Schending van de geheimhoudingsplicht wordt bestraft met een gevangenisstraf van maximaal twee jaar of een geldstraf. Voorwaarde voor vervolging is dat er een aangifte ligt (§ 34 Abs. 4 MgVG). Op het belemmeren of beïnvloeden van het werk van de BOG staat een straf van een jaar hechtenis of een geldstraf (§ 33 jo. § 34 Abs. 2 MgVG).

Arbeidsrechtelijke bescherming

Conform de Tiende Richtlijn is de arbeidsrechtelijke bescherming van de BOG-leden afhankelijk van het nationale recht van de lidstaat waaruit het BOG-lid afkomstig is. De bescherming van de Duitse BOG-leden richt zich op het ontslag, de deelname aan de BOG en de doorbetaling van het salaris (§§ 32 en 33 MgVG). De Duitse BOG-leden zijn voor hun bescherming aangewezen op nationale bepalingen, zoals bijvoorbeeld de beschermingsbepalingen uit het Kündigungsschutzgesetz (KschG). Het arbeidscontract van Duitse BOG-leden is tot een jaar na hun werk in de BOG slechts opzegbaar wegens buitengewone redenen (§§ 103 BetrVG jo. 15 KschG). Ook hebben BOG-leden het recht tijdens werktijd vergaderingen van de BOG bij te wonen met doorbetaling van het loon (§ 37 BetrVG).

5.5.7 De onderhandelingen

De onderhandelingsprocedure is neergelegd in de §§ 14 - 21 MgVG. Tijdens de onderhandelingen moeten beide partijen in goed vertrouwen met elkaar samenwerken (§ 15 Abs. 1 Satz 2 MgVG). De Duitse wetgever heeft het vage beginsel van de goede trouw geïmplementeerd naar vormgeving van het BetrVG. Dit houdt naar Duitse medezeggenschapsrecht in dat zowel de BOG als de deelnemende vennootschappen zich bij geschillen dienen in te zetten om tot een vergelijk te komen. De bepaling omvat geen plicht tot (door)onderhandelen of tot het komen van een overeenkomst. Wel is de vennootschap gehouden de BOG alle benodigde informatie

en documenten over te leggen, met als doel van de BOG een gelijkwaardige onderhandelingspartner te maken.¹⁴⁷

De onderhandelingen starten uiterlijk na tien weken nadat de werknemers-vertegenwoordigers de benodigde informatie hebben ontvangen om te komen tot samenstelling van de BOG. De eerste vergadering vangt aan op initiatief van de besturen van de deelnemende vennootschappen. Deze vergadering kenmerkt de start van de onderhandelingstermijn (§ 21 MgVG). Dit is niet anders indien de BOG op dat moment nog niet voltallig is. Werknemers die (nog) geen BOG-lid hebben gekozen, gelden bij stemmingen binnen de BOG als niet vertegenwoordigd (§ 17 Abs. 1 MgVG). Op de eerste vergadering kiest de BOG uit haar midden de voorzitter en diens vervanger. De voorzitter heeft tijdens de onderhandelings-procedure een aantal bevoegdheden. Hij kan de BOG bijeenroepen (§ 14 Abs. 2 MgVG). Ook ondertekent hij met een ander lid een aantal besluiten namens de BOG, zoals het besluit akkoord te gaan met een overeenkomst, het besluit af te zien van (verdere) onderhandelingen, alsmede de meerderheid waarmee beide besluiten zijn genomen (§ 19 MgVG). De Duitse wetgever tracht op deze wijze geschillen over de inhoud van verstreckende besluiten te voorkomen. Deze aanvulling op de Tiende Richtlijn is toegestaan, nu een foutieve of ontbrekende verklaring niet leidt tot de nietigheid dan wel vernietigbaarheid van het besluit.¹⁴⁸

Het besluit van de BOG om de onderhandelingen niet aan te gaan of de lopende onderhandelingen af te breken, vereist een dubbele gekwalificeerde meerderheid (§ 16 Abs. 1 MgVG). Dit geldt ook indien de BOG bij overeenkomst besluit tot een inperking van medezeggenschap en ten minste 25% van het totale aantal werknemers van de deelnemende vennootschappen recht heeft op enige vorm van medezeggenschap (§ 17 Abs. 3 en 4 MgVG). Voor het percentage van 25% zijn ook de werknemers van dochtervennootschappen relevant. De Duitse wetgever rechtvaardigt deze keuze met verwijzing naar het doel van de Tiende Richtlijn en het feit dat het Duitse medezeggenschapsrecht werknemers van dochtervennootschappen onder omstandigheden betreft bij de medezeggenschap in de moedervennootschap.¹⁴⁹ Opmerkelijk is de definiëring van het begrip ‘inperking’. Naast een procentuele vermindering van het aantal leden waarop de medezeggenschap betrekking heeft, verstaat § 17 Abs. 4 Nr. 2 MgVG onder inperking eveneens ‘*das Recht (der Arbeitnehmer: FL), Mitglieder in das Aufsichts- oder Verwaltungsorgan zu wählen,*

147 Met betrekking tot de indentieke bepaling in het SEBG Henssler (2013), p. 817 (§ 13, Rn. 2).

148 Met betrekking tot de indentieke bepaling in het SEBG Henssler (2013), p. 827 (§ 17, Rn. 2); Freis (2009), p. 169 (§ 17, Rn. 3).

149 Zie de toelichting bij de indentieke bepaling in het SEBG, BT-Drucksache 438/04 ((Begründung), p. 124. Habersack (2013), p. 874 (§ 34, Rn. 4) plaatst bij de wijze van implementeren vraagtekens. Volgens hem was de Europese wetgever zich bewust van de concernmedezeggenschap en zijn de werknemers van dochtervennootschappen doelgericht niet relevant geacht voor het percentage. Ik onderschrijf zijn standpunt niet (vgl. hoofdstuk 6.2.6.1).

zu bestellen, zu empfehlen oder abzulehnen, beseitigt oder eingeschränkt wird'. De memorie van toelichting maakt duidelijk dat gedacht is aan de situatie dat het benoemingsrecht van de Duitse werknemers door een indirect keuzerecht (via gedelegeerden) of een aanbevelingsrecht wordt vervangen.¹⁵⁰ Met andere woorden: ook een kwalitatieve verslechtering van medezeggenschap valt onder het Duitse begrip inperking. Deze invulling wijkt af van de Tiende Richtlijn die met verwijzing naar art. 3 lid 4 laatste alinea SE-Richtlijn bij een inperking van een kwantitatieve benadering uitgaat. De *Bundesrat* heeft dit punt bij de eerste lezing van het wetsvoorstel aan de orde gesteld.¹⁵¹ Het wetsontwerp is echter ongewijzigd door de *Bundestag* aangenomen.¹⁵² Nu de Duitse wetgever bewust tot bovengenoemde formulering is gekomen, acht ik een richtlijnconforme interpretatie uitgesloten.¹⁵³

5.5.8 De wettelijke referentievoorschriften

De referentievoorschriften zijn geïmplementeerd in de §§ 23-28. Deze paragrafen vormen het tweede hoofdstuk van het MgVG.

Toepassingsbereik referentievoorschriften

De referentievoorschriften zijn van toepassing in de situaties zoals opgesomd in § 23 Abs. 1 Nr. 1-3 MgVG. De nummers 1 en 2 omvatten de implementatie van art. 7 lid 1 SE-Richtlijn. Het betreft de situatie dat de onderhandelingspartijen bij overeenkomst de referentievoorschriften van toepassing hebben verklaard of na afloop van de onderhandelingsperiode geen overeenkomst is gesloten zonder dat de BOG heeft besloten de onderhandelingen niet aan te gaan of tussentijds af te breken. Nummer 3 implementeert art. 16 lid 4 (a) Tiende Richtlijn en biedt het bevoegde orgaan van de deelnemende vennootschappen de mogelijkheid zich op de referentievoorschriften te verlaten zonder onderhandelingen. Bij Duitse vennootschappen is het leidinggevende orgaan (voor Duitse vennootschappen de *Vorstand* dan wel de *Geschäftsführer*) tot het nemen van dit besluit bevoegd.

Bij de nummers 2 en 3 is de toepassing van de referentievoorschriften afhankelijk gesteld van de voorwaarde dat ten minste 33,3% van de werknemers in de deelnemende vennootschappen en/of betrokken dochtervennootschappen voorafgaand aan de fusie door medezeggenschap wordt bestreken.¹⁵⁴ Voor de toepassing van het

150 BT-Drucksache 16/2922 ((Begründung), p. 25. In gelijke zin Behrens (2007), p. 186 en 200.

151 BT-Drucksache 540/06 (Beschluss Bundesrates), p. 3.

152 BT-Drucksache 16/3320 (Ausschussbericht und Beschlussempfehlung des Bundestag), p. 1-2.

153 Anders Habersack (2007), p. 640.

154 De voorwaarde van 33,3% geldt niet indien de referentievoorschriften door de onderhandelingspartijen bij overeenkomst van toepassing zijn verklaard (Nr. 1). Hoewel de Tiende Richtlijn deze eis wel stelt, acht ik de wijze van implementeren niet problematisch. De voorwaarde heeft in een dergelijke situatie namelijk geen meerwaarde. Het ligt niet voor de hand dat de BOG de referentievoorschriften bij overschrijding van het percentage niet van toepassing verklaart indien de BOG zich eerder via een overeenkomst aan toepassing heeft verbonden (vgl. hoofdstuk 3.10.1).

percentage komt – net als bij een besluit tot inperking van medezeggenschap – belang toe aan werknemers werkzaam bij dochtervennootschappen. Het percentage van 33,3% geldt tevens indien de deelnemende vennootschappen zonder nadere onderhandelingen de referentievoorschriften van toepassing verklaren (Nr. 3). Deze verplichting volgt niet uit de Tiende Richtlijn en wordt in de Duitse literatuur in strijd met het eigendomsrecht van Art. 14 GG geacht.¹⁵⁵ Los daarvan creëert de verplichting een praktisch probleem. Indien het percentage niet wordt gehaald, moet alsnog een BOG worden samengesteld. Hierdoor vervalt één van de belangrijkste voordelen van het direct kiezen voor de referentievoorschriften. Het idee van Brandes om de bepaling in het licht van de Tiende Richtlijn zo uit te leggen dat het percentage van 33,3% in deze derde situatie niet geldt,¹⁵⁶ acht ik niet mogelijk. Een dergelijke richtlijnconforme interpretatie komt feitelijk neer op een uitleg *contra legem*.

Aantal en vorm van medezeggenschap

Het aantal leden van het leidinggevende, toezichthoudende dan wel bestuursorgaan waarop de medezeggenschap na de fusie betrekking heeft, wordt vastgesteld aan de hand van de ‘hoogste aantal-doctrine’ (§ 24 MgVG). Bepalend is het proportioneel hoogste aantal medezeggenschapsrechten dat voorafgaand aan de fusie in de deelnemende vennootschappen van toepassing was. De weging geschiedt op basis van een kwantitatieve benadering.

Anders dan bij de definiëring van een inperking van medezeggenschap is voor de weging geen onderscheid gemaakt tussen de (directe) benoemingsrechten enerzijds en de bezwaar- en aanbevelingsrechten anderzijds. De ‘hoogste aantal-doctrine’ geeft geen uitsluitsel over de vorm van het medezeggenschapsrecht. Kennen de deelnemende vennootschappen één vorm van medezeggenschap, dan geldt deze vorm in de uit de fusie ontstane vennootschap. Bij meerdere medezeggenschapsvormen komt aan de BOG een keuzebevoegdheid toe (§ 23 Abs. 2 MgVG). Habersack stelt dat de keuzebevoegdheid slechts bestaat indien bij de deelnemende vennootschappen sprake is van meerdere vormen van een keuze- dan wel benoemingsrecht of van meerdere vormen van een aanbevelings- dan wel bezwaarsrecht.¹⁵⁷ Habersack onderbouwt zijn standpunt met verwijzing naar het Duitse directe benoemingsrecht en het Nederlandse indirecte aanbevelingsrecht die qua zwaarte volgens hem niet te vergelijken zijn. De wettekst biedt voor zijn uitleg geen aanknopingspunten. § 24 verwijst naar de medezeggenschapsdefinitie van § 2 Abs. 7 en stelt als zodanig alle medezeggenschapsvormen aan elkaar gelijk. Ook bij het bestaan van een Duits benoemingsrecht en een Nederlands aanbevelingsrecht komt aan de BOG een keuze toe. Indien de BOG geen keuze maakt, neemt de vorm het directe benoemingsrecht aan wanneer aan de fusie een Duitse vennootschap met

¹⁵⁵ Brandes (2008), p. 2197. Hij onderbouwt zijn standpunt verder niet.

¹⁵⁶ Brandes (2008), p. 2197. Anders Schubert (2009), p. 792.

¹⁵⁷ Habersack (2013), p. 878 (§ 34, Rn. 23-24). Zijn opmerkingen met betrekking tot het SEGB gelden in gelijke zin voor de soortgelijke bepaling in het MgVG.

medezeggenschap deelneemt. Is dit niet het geval, dan is de vorm gelijk aan de vorm die gold in de deelnemende vennootschap met het hoogste aantal medezeggenschapsrechten.

Het aantal medezeggenschapsrechten en de vorm daarvan worden in de statuten neergelegd (§ 24 Abs. 3 MgVG). Dit geldt ook voor de omstandigheden waaronder het tot benoeming bevoegde orgaan gehouden is gehoor te geven aan de door de werknemers benoemde of aanbevolen kandidaat, dan wel het gemaakte bezwaar (de juridische afdwingbaarheid van de uitkomst). Duitsland heeft geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid de medezeggenschap in een monistische bestuursstructuur te beperken tot 1/3 van de leden van het bestuursorgaan. Daartoe bestond geen noodzaak. In Duitsland vindt de medezeggenschap op grond van het MgVG altijd in een dualistische bestuursstructuur plaats.

Speciale aandacht komt toe aan de positie van de *Arbeitsdirektor*. § 27 Abs. 2 MgVG stelt de benoeming van de *Arbeitsdirektor* verplicht voor iedere vennootschap die op grond van de wettelijke referentievoorschriften aan enig medezeggenschapsregime is onderworpen. Lunk & Hinrichs achten deze regeling overbodig. Zij menen dat de *Arbeitsdirektor* op basis van de ‘hoogste aantal-doctrine’ na de fusie in het bestuursorgaan dient terug te keren indien de deelnemende vennootschap voorafgaand aan de fusie een *Arbeitsdirektor* had. Hoewel ik deze visie onderschrijf (vgl. paragraaf 5.5.3.2), beschouwt de meerderheid van de Duitse auteurs de benoeming van de *Arbeitsdirektor* niet als Europese medezeggenschap.¹⁵⁸ In hun opvatting komt de positie van de *Arbeitsdirektor* als een gevolg van de fusie te vervallen voor zover de uit de fusie ontstane vennootschap niet langer onder het reguliere nationale medezeggenschapsrecht valt. Ik vermoed dat de Duitse wetgever vanuit die gedachte § 27 Abs. 2 in het MgVG heeft opgenomen. Opmerkelijk is wel dat de aanstelling van een *Arbeitsdirektor* geldt voor iedere uit de fusie ontstane vennootschap die aan de Duitse referentievoorschriften is onderworpen, terwijl deze verplichting ingevolge het nationale medezeggenschapsrecht pas geldt voor vennootschappen met meer dan 1.000 werknemers. Verschil met het (Montan-)MitbestG is dat de *Arbeitsdirektor* ingevolge het MgVG niet door de *Aufsichtsrat* maar door de aandeelhouders wordt benoemd.

Verdeling en uitvoering van medezeggenschap

De BOG is bevoegd tot het verdelen van het aantal medezeggenschapsrechten over de werknemers in de verschillende lidstaten. De reden zal zijn dat de BOG – net als de SE-OR – een internationaal karakter heeft. De Duitse wetgever heeft geen uitzondering gemaakt voor de situatie dat de deelnemende vennootschappen de

¹⁵⁸ Kleinhenz (2008), p. 328; Schubert (2007), p. 11.

referentievoorschriften zonder onderhandelingen van toepassing verklaren. Dit verbaast. Nu moet alsnog een BOG worden opgericht, terwijl de Tiende Richtlijn niet verplicht tot het toekennen van de verdelingsbevoegdheid aan de BOG. Het was praktischer geweest de bevoegdheid toe te kennen aan het nationale medezeggenschapsorgaan dat de meeste werknemers vertegenwoordigt. De Duitse wetgever heeft evenwel anders besloten. Waar de Duitse wetgever bij de implementatie van de Tiende Richtlijn doorgaans een praktische uitleg koos, is deze opstelling hier opmerkelijk genoeg niet terug te vinden.

De verdeling geschiedt op basis van het aantal werknemers dat werkzaam is bij de deelnemende vennootschappen en/of betrokken dochtervennootschappen en/of vestigingen in een betreffende lidstaat (§ 25 MgVG). Volgens Henssler is de BOG vrij in het bepalen van het ijkpunt.¹⁵⁹ Het moment dat de werknemers de informatie ontvangen voor het samenstellen van de BOG, acht ik niet praktisch. De werknemersaantallen kunnen in de tussentijd zijn veranderd. Het moment dat de BOG tot verdeling van de medezeggenschapsrechten overgaat, lijkt mij het meest recht doen aan de situatie. De lidstaat waar de meeste werknemers werkzaam zijn, krijgt als eerste een medezeggenschapsrecht toegekend. Is het aantal lidstaten groter dan het aantal medezeggenschapsrechten, dan moet de BOG het laatste te verdelen medezeggenschapsrecht toewijzen aan het vestigingsland (lees: Duitsland) voor zover dat land nog geen vertegenwoordiger heeft.¹⁶⁰ De wet maakt niet duidelijk wat geldt als de Duitse werknemers al een medezeggenschapsrecht hebben toegekend gekregen. Men kan aannemen dat het laatste medezeggenschapsrecht in dat geval toekomt aan de lidstaat met het hoogste aantal werknemers van de lidstaten die nog geen zetel hebben. Bij eventuele conflicten over de verdeling van de medezeggenschapsrechten is het *Arbeitsgericht* bevoegd (§§ 2a Abs. 1 Nr. 3d jo. 80 ArbGG).

Na de verdeling worden de medezeggenschapsrechten per lidstaat uitgeoefend. Iedere lidstaat dient zelf een regeling op te stellen over de kiesprocedure alsmede de kandidaatstelling (§ 25 Abs. 3 MgVG). De Duitse regeling is gelijk aan de kiesprocedure die geldt voor de verkiezing van de BOG (vgl. paragraaf 5.5.6). Met verwijzing naar § 8 Abs. 2-4 MgVG zijn verkiesbaar de werknemers uit de fusie ontstane vennootschap, haar dochtervennootschappen en buitenlandse vestigingen, alsook vakbondsvertegenwoordigers. De aanbeveling dan wel benoeming dient ook nu te resulteren in een vakbondsvertegenwoordiger voor iedere derde en een *leitende Angestellte* voor iedere zesde vertegenwoordiger. De kiesprocedure is voor vennootschappen met meer dan 2.000 werknemers een versimpeling ten opzichte van de ingewikkelde procedure uit het MitbestG (vgl. hoofdstuk 4.3.4.3). Interessant is de bepaling dat de BOG bevoegd is tot uitoefening van het medezeggenschapsrecht indien een lidstaat heeft verzuimd kiesregels op te stellen. Schubert plaatst vraagtekens

159 Henssler (2013), p. 890 (§ 36, Rn. 18). Zijn opmerkingen met betrekking tot de SEGB gelden in gelijke zin voor de soortgelijke bepaling in het MgVG.

160 De Tiende Richtlijn biedt de lidstaten deze ruimte op grond van art. 16 lid 3 (h) Tiende Richtlijn jo. bijlage deel 3 (b) SE-Richtlijn.

bij de richtlijnconformiteit van deze regeling.¹⁶¹ Ik zie geen problemen. De Tiende Richtlijn bepaalt op dit punt niets en biedt de lidstaten zodoende de vrijheid zelf een oplossing te creëren. Dit neemt niet weg dat de bepaling weinig praktisch is. De BOG houdt na de fusie op te bestaan, zodat de BOG opnieuw moet worden samengesteld indien een lidstaat geen kiesprocedure heeft vastgesteld. Dit geldt na afloop van iedere benoemingstermijn.

5.5.9 Misbruik

De Duitse wetgever heeft op verschillende manieren getracht misbruik van de medezeggenschapsregeling bij grensoverschrijdende fusies tegen te gaan. Indien een overeenkomst tot stand komt, kunnen partijen overeenkomen dat bij structurele veranderingen na de fusie opnieuw over de medezeggenschap wordt onderhandeld (§ 22 Abs. 2. MgVG).¹⁶² Bij structurele veranderingen is met name gedacht aan wijzigingen in het personeelsbestand.¹⁶³ Het SEGB kent met § 21 Abs. 4 een soortgelijke bepaling. De bepaling in het SEGB is een nadere uitwerking van de algemene onderhandelingsplicht bij structurele veranderingen zoals neergelegd in § 18 Abs. 3 SEBG. Deze laatste bepaling implementeert de misbruikbepaling van van art. 11 SE-Richtlijn. Nu de Tiende Richtlijn art. 11 SE-Richtlijn niet van overeenkomstige toepassing verklaart, kent het MgVG geen aan § 18 Abs. 2 SEBG gelieerde algemene regeling.

Wordt de medezeggenschap geregeld conform de referentievoorschriften, dan moet § 30 MgVG misbruik tegengaan. Dit artikel heeft als doel het voorkomen van misbruik via een opvolgende nationale fusie van de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap. Op grond van § 30 Abs. 1 MgVG is de medezeggenschap bij een opvolgende nationale fusie als hoofdregel aan het nationale recht onderworpen. Slechts indien het nationale recht niet ten minste hetzelfde niveau aan medezeggenschap voorschrijft als dat bestond in de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap, blijft het medezeggenschapssysteem van toepassing zoals dat in deze laatste vennootschap gold. Met de woorden ‘ten minste hetzelfde niveau’ is bedoeld op het ‘voor en na-beginsel’ zoals neergelegd in § 5 Nr. 2 MgVG.¹⁶⁴ Deze bepaling geldt voor iedere interne fusie binnen een termijn van drie

¹⁶¹ Schubert (2009), p. 793.

¹⁶² De tekst betreft een *soll*-voorschrift dat in tegenstelling tot het gebruik van het werkwoord *müssen* als niet dwingend wordt beschouwd. De onderhandelingspartijen zijn dus niet verplicht een hernieuwde onderhandelingsplicht bij structurele verandering in de overeenkomst op te nemen. Zie ook Teichmann (2007), p. 93.

¹⁶³ Ten aanzien van de identieke bepaling in het SEBG merkt Freis (2009), p. 190 op dat het enkel overschrijden van nationale drempelvoorwaarden voor medezeggenschap niet automatisch leidt tot een hernieuwde onderhandelingsplicht. Slechts indien de toename van het personeelsbestand een structurele verandering betreft, zijn nieuwe onderhandelingen noodzakelijk. Het kan gaan om een vergroting, maar ook om een verkleining van het personeelsbestand.

¹⁶⁴ Nagel (2009), p. 381 (§ 30, Rn. 6).

jaar nadat de grensoverschrijdende fusie in het Duitse Handelsregister is ingeschreven.¹⁶⁵ Aan de richtlijnconformiteit van deze bepaling kan men twijfelen. § 30 MgVG legt het begrip ‘misbruik’ op twee aspecten beperkter uit dan dat art. 16 lid 7 Tiende Richtlijn dat doet. Het eerste aspect heeft betrekking op het beschermingsniveau. Schubert merkt terecht op dat § 30 MgVG slechts verwijst naar § 5 Nr. 2 MgVG als uitzondering op de hoofdregel en niet naar § 5 Nr. 3 MgVG.¹⁶⁶ In tegenstelling tot de Tiende Richtlijn beschouwt de Duitse bepaling het verlies van medezeggenschapsrechten van buitenlandse werknemers dus niet als misbruik. Het volgende voorbeeld illustreert dit:

De uit de grensoverschrijdende fusie ontstane Duitse vennootschap werkt met een medezeggenschapssysteem dat uitgaat van medezeggenschap ten aanzien van 1/3 van de leden van de Aufsichtsrat. In dit systeem komen de medezeggenschapsrechten eveneens toe aan de werknemers van buitenlandse dochtervennootschappen en vestigingen. Binnen een jaar fuseert de vennootschap intern met een Duitse vennootschap. In deze laatste Duitse vennootschap bestaat medezeggenschap ten aanzien van de helft van de leden van de Aufsichtsrat. Het nationale medezeggenschapsrecht omvat dus een hoger niveau van medezeggenschap. Op grond van de hoofdregel van § 30 MgVG wordt na de fusie het nationale medezeggenschapsrecht van toepassing op de uit de fusie ontstane vennootschap. Dat het Duitse nationale medezeggenschapsrecht geen medezeggenschap toekent aan de buitenlandse werknemers en deze werknemers hun medezeggenschapsrechten verliezen als een gevolg van de interne fusie, doet niet ter zake.

Het tweede aspect betreft de wijze waarop aan de bescherming inhoud is gegeven. Voor zover na de nationale fusie niet ten minste hetzelfde medezeggenschapsniveau tot stand komt, schrijft § 30 MgVG voor dat het medezeggenschapsniveau blijft gelden zoals dat van toepassing was in de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap. Art. 16 lid 7 Tiende Richtlijn bepaalt daarentegen dat de in art. 16 Tiende Richtlijn vastgestelde voorschriften op overeenkomstige wijze moeten worden toegepast (onderhandelingen met als vangnet de wettelijke referentievoorschriften). Het verschil is dat art. 16 lid 7 Tiende Richtlijn de werknemers van de Duitse vennootschap waarmee intern wordt gefuseerd, laat meebeslissen over het medezeggenschapssysteem na de fusie, terwijl deze werknemers op grond van de Duitse regeling met een vaststaand medezeggenschapsregime worden geconfronteerd. De Duitse oplossing is geïnspireerd op de nationale bepaling van § 325 UmwG en is ingegeven door praktische overwegingen.¹⁶⁷ Nieuwe onderhandelingen kosten tijd en geld. Deze argumenten overtuigen niet. Art. 16 lid 4 (a) Tiende Richtlijn staat de besturen van de deelnemende vennootschappen toe zonder onderhandelingen de referentievoorschriften van toepassing te verklaren.¹⁶⁸ Hiermee wordt hetzelfde effect

165 Schubert (2007), p. 15-16; Kleinhenz (2008), p. 335.

166 Schubert (2007), p. 16.

167 BT-Drucksache 16/2922 (Begründung), p. 29-30. Vgl. Habersack (2007), p. 638.

168 Zie ook Kleinhenz (2008), p. 337.

bereikt met dien verstande dat de wettelijke referentievoorschriften de medezeggenschapsrechten opnieuw verdelen op basis van het op dat moment geldende Europese personeelsbestand. Volgens Nagel staat het de Duitse wetgever vrij een andere meer praktische oplossing te kiezen zolang de oplossing overeenkomt met het doel van de Tiende Richtlijn.¹⁶⁹ Ik ben het niet eens met Nagel. Het standaardkarakter van art. 16 lid 7 Tiende Richtlijn verbiedt lidstaten een andere naar hun mening betere en meer nationaal georiënteerde (beperkte) oplossing toe te passen.

5.6 België

5.6.1 Implementatiewetgeving

De Belgische wetgever ontving op 5 juni 2008 een met redenen omkleed advies van de Europese Commissie wegens het niet tijdig uitvoeren van de verplichting tot implementatie van de Tiende Richtlijn. De Commissie dreigde met een procedure bij het Hof van Justitie indien België niet binnen twee maanden tot omzetting zou overgaan. Een procedure is niet nodig gebleken. De vennootschappelijke aspecten van de Tiende Richtlijn zijn geïmplementeerd met de Wet houdende diverse bepalingen van 8 juni 2008 (I).¹⁷⁰ Met deze wet – meer specifiek titel VIII hoofdstuk III – is aan Boek XI van het Wetboek van Vennootschappen (W.Venn.) een nieuwe titel *Vbis* toegevoegd genaamd ‘bijzondere regels inzake grensoverschrijdende fusies en gelijkgestelde verrichtingen’.

De medezeggenschapsbepaling van art. 16 Tiende Richtlijn is grotendeels door de sociale partners bij nationale cao geïmplementeerd. Cao nr. 94 is op 29 april 2008 in de Nationale Arbeidsraad gesloten.¹⁷¹ Art. 14 SE-Richtlijn maakt het mogelijk de omzetting van de medezeggenschapsbepalingen uit de SE-Richtlijn aan de sociale partners over te laten.¹⁷² Hoewel de Tiende Richtlijn deze bepaling niet expliciet van overeenkomstige toepassing verklaart, kan men aannemen dat deze bevoegdheid ook bestaat ten aanzien van de omzetting van art. 16.¹⁷³ De omzetting door

169 Nagel (2009), p. 382-383 (§ 30, Rn. 12).

170 Wet houdende diverse bepalingen van 8 juni 2008 (I), *Stb.* 16 juni 2008, p. 30529. De bepalingen van titel *Vbis* zijn in werking getreden op 26 juni 2008.

171 De Nationale Arbeidsraad is een publiekrechtelijke lichaam dat is opgericht bij wet van 29 mei 1952, *B.S.* 31 mei 1952. De Nationale Arbeidsraad bestaat uit een onafhankelijke voorzitter en 26 leden die voor een gelijk deel worden ingevuld door de representatieve werkgevers- en werknemersorganisaties. Naast een adviserende taak sluit de Nationale Arbeidsraad cao's van nationale en interprofessionele draagwijdte.

172 Deze bepaling moet worden gelezen in het licht van art. 153 lid 3 VWEU waarin is bepaald dat ‘een lidstaat de sociale partners kan, indien zij gezamenlijk daarom verzoeken, belasten met de tenuitvoerlegging van de krachtens de leden 2 en 3 vastgestelde richtlijnen’.

173 Dit geldt sowieso voor de bepalingen uit de SE-Richtlijn die ingevolge art. 16 lid 3 Tiende Richtlijn van overeenkomstige toepassing zijn op een grensoverschrijdende fusie. In het verlengde daarvan kan worden aangenomen dat de sociale partners deze bevoegdheid eveneens hebben ten aanzien van de overige leden van art. 16 Tiende Richtlijn.

sociale partners kent als voorwaarde dat de lidstaat zich ervan verzekert dat de implementatie gebeurt binnen de uitvoeringstermijn van de desbetreffende richtlijn en dat de betrokken lidstaat alle maatregelen treft om de resultaten te waarborgen die de richtlijn voorschrijft. Het resultaat moet alle werknemers bereiken.¹⁷⁴ Dit gebeurt binnen het Belgische systeem door een nationale cao algemeen verbindend te verklaren. Cao nr. 94 is algemeen verbindend verklaard bij Koninklijk Besluit van 12 juni 2008.¹⁷⁵

Bepaalde medezeggenschapsaspecten konden niet bij cao worden geregeld. Dit gold voor de toepasselijke wetgeving bij conflicten, de geheimhoudingsplicht, het toezicht op de naleving van de verplichtingen door de vennootschappen en de bescherming van werknemersvertegenwoordigers.¹⁷⁶ Deze aspecten zijn door de Belgische wetgever via twee afzonderlijke wetten en een uitvoeringsbesluit geïmplementeerd. Het betreft (i) de Wet houdende begeleidende maatregelen met betrekking tot de instelling van een bijzondere onderhandelingsgroep, een vertegenwoordigingsorgaan en procedures betreffende medezeggenschap van de werknemers in ondernemingen ontstaan ten gevolge van een grensoverschrijdende fusie van kapitaalvennootschappen van 19 juni 2009 (Wet houdende diverse maatregelen),¹⁷⁷ (ii) de Wet houdende diverse bepalingen met betrekking tot de instelling van een bijzondere onderhandelingsgroep, een vertegenwoordigingsorgaan en procedures betreffende de medezeggenschap van de werknemers in ondernemingen ontstaan ten gevolge van een grensoverschrijdende fusie van kapitaalvennootschappen van 19 juni 2009 (Wet houdende diverse bepalingen)¹⁷⁸ en (iii) het Koninklijk Besluit van 1 februari 2010 tot uitvoering van artikel 8 van de wet van 19 juni 2009 houdende begeleidende maatregelen met betrekking tot de instelling van een bijzondere onderhandelingsgroep, een vertegenwoordigingsorgaan en procedures betreffende de medezeggenschap van de werknemers in ondernemingen ontstaan ten

174 Implementatie kan ook plaatsvinden door middel van een cao die geldt voor groepen werknemers die niet zijn aangesloten bij de vakbond die partij is bij de cao. Zie HvJ EU 11 februari 2010, nr. C-405/08, *JAR* 2010/73 (*Holst/Babcock & Wilcox Vølund ApS*).

175 Cao nr. 94 van 29 april 2008 betreffende werknemersmedezeggenschap in de uit de grensoverschrijdende fusie van kapitaalvennootschappen ontstane vennootschappen, algemeen verbindend verklaard bij Koninklijk Besluit van 12 juni 2008, *B.S.* 2 juli 2008, p. 33628.

176 NAR & CRB (2008b), p. 3.

177 Wet van 19 juni 2009 houdende begeleidende maatregelen met betrekking tot de instelling van een bijzondere onderhandelingsgroep, een vertegenwoordigingsorgaan en procedures betreffende het medezeggenschap van de werknemers in ondernemingen ontstaan ten gevolge van een grensoverschrijdende fusie van kapitaalvennootschappen (I), *B.S.* 29 juni 2009.

178 Wet van 19 juni 2009 houdende diverse bepalingen met betrekking tot de instelling van een bijzondere onderhandelingsgroep, een vertegenwoordigingsorgaan en procedures betreffende het medezeggenschap van de werknemers in ondernemingen ontstaan ten gevolge van een grensoverschrijdende fusie van kapitaalvennootschappen (II), *B.S.* 29 juni 2009.

gevolge van een grensoverschrijdende fusie van kapitaalvennootschappen (KB houdende begeleidende maatregelen).¹⁷⁹

5.6.2 De wettelijke mogelijkheden tot grensoverschrijdend fuseren

Aan de definitie van het begrip kapitaalvennootschap uit de Tiende Richtlijn voldoen naar Belgisch recht de naamloze vennootschap (NV), de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (BVBA), de Starter-BVBA en de S(C)E. Ook de commanditaire vennootschap op aandelen (Comm. VA) valt onder de definitie nu deze rechtspersoon een afscheiden vermogen heeft dat uitsluitend voor de schulden van de vennootschap wordt aangesproken.

Het is onduidelijk of de NV's van publiek recht onder het toepassingsbereik vallen (zie over deze type rechtsvorm hoofdstuk 4.4.2). De problematiek is te herleiden tot de vraag of een publiekrechtelijke rechtspersoon die overheidstaken uitoefent met een privaatrechtelijke NV is gelijk te stellen, omdat zij als een NV wordt aangeduid en aan sommige bepalingen van het vennootschapsrecht is onderworpen. Het Hof van Justitie heeft zich hierover (nog) niet uitgelaten. In zijn conclusie bij het arrest *Pafitis* stelde A-G Tesauro met betrekking tot de Tweede Vennootschapsrichtlijn dat voor de vraag of van een NV sprake is de rechtsvorm bepalend is en niet de activiteit – zoals een activiteit van algemeen belang – die wordt uitgeoefend. Deze zienswijze werd door het Hof van Justitie gevolgd.¹⁸⁰ Deze benadering biedt een voorzichtige indicatie dat een publiekrechtelijke rechtspersoon met de vorm van een NV aan het Europese vennootschapsrecht – en dus ook de Tiende Richtlijn – is onderworpen. Ook de Nationale Arbeidsraad en de Centrale Raad voor het Bedrijfsleven gaan er in hun advies bij cao nr. 94 vanuit dat de Tiende Richtlijn op de openbare sector van toepassing is.¹⁸¹ In de sporadische Belgische literatuur die over dit onderwerp is verschenen, is een ander geluid hoorbaar.¹⁸² Volgens deze auteurs wordt de rechtsvorm niet door de benaming bepaald, maar door het geheel van rechtsregels dat volgens het interne recht aangeeft dat van een naamloze vennootschap sprake is. Nu de NV van publiek

179 Koninklijk Besluit van 1 februari 2010 tot uitvoering van art. 8 van de wet van 19 juni 2009 houdende begeleidende maatregelen met betrekking tot de instelling van een bijzondere onderhandelingsgroep, een vertegenwoordigingsorgaan en procedures betreffende de medezeggenschap van de werknemers in ondernemingen ontstaan ten gevolge van een grensoverschrijdende fusie van kapitaalvennootschappen, *B.S.* 11 februari 2010.

180 HvJ EG 12 maart 1996, nr. C-441/93 (*Pafitis*), punt 19.

181 NAR & CRB (2008b), p. 12. In het advies wordt opgemerkt dat de mogelijkheid om cao's af te sluiten is beperkt tot de particuliere sector en dat voor de toepassing op overheidsinstellingen overheidsoptreden is vereist. De werknemers van overheidsondernemingen zijn in beginsel werkzaam op basis van een publiekrechtelijk statuut en om die reden van het toepassingsbereik van de cao uitgezonderd.

182 Cornelis, De Keyser, D'Hooghe & Vandendriessche (2000), p. 119-125. De vennootschapsrichtlijnen zijn niet op alle rechtspersonen van toepassing, maar bevatten een bepaling die voor elke lidstaat aangeeft voor welke specifieke vennootschapsvorm zij gelden. De auteurs menen dat de NV's van →

recht als publiekrechtelijk rechtspersoon bij wet is opgericht en slechts aan sommige bepalingen van het vennootschapsrecht is onderworpen, zouden de Europese vennootschapsrichtlijnen niet van toepassing zijn. Deze conclusie lijkt mij te strikt. In mijn visie valt niet uit te sluiten dat het op overheidsinitiatief overhevelen van bepalingen inzake het vennootschapsrecht feitelijk neerkomt op de oprichting en werking van een privaatrechtelijke vennootschap. Of dit zo is, zal afhangen van het aantal en het soort vennootschapsbepalingen dat op de publiekrechtelijke rechtspersoon van overeenkomstige toepassing is verklaard en dit dient per NV van publiek recht afzonderlijk te worden bepaald.

Ook andere privaatrechtelijke rechtspersonen kunnen gebruik maken van de figuur van grensoverschrijdend fuseren.¹⁸³ De Belgische wetgever heeft de nieuwe titel *Vbis* van toepassing verklaard op alle vennootschappen met rechtspersoonlijkheid die door het W.Venn. worden bestreken.¹⁸⁴ Naast de kapitaalvennootschappen zijn dit de vennootschap onder firma, de gewone commanditaire vennootschap en de coöperatieve vennootschap. Het valt op dat de cao nr. 94 alsmede de twee uitvoeringswetten en het uitvoeringsbesluit slechts op een fusie van kapitaalvennootschappen van toepassing zijn. Hierdoor komt bij een grensoverschrijdende fusie tussen vennootschappen – niet zijnde kapitaalvennootschappen – aan de medezeggenschap geen bescherming toe. Niet-kapitaalvennootschappen doen er evenwel verstandig aan de medezeggenschapsregeling analoog toe te passen. Dit voorkomt het risico dat de lidstaat van de vertrekkende (verdwijnende) vennootschap de fusie tegenhoudt omdat de werknemersbelangen onvoldoende worden beschermd.

De uitbreiding biedt op het eerste gezicht mogelijkheden voor Nederlandse niet-kapitaalvennootschappen die met een Belgische niet-kapitaalvennootschap wensen te fuseren. Een complicerende factor is dat de VOF in België wel en de VOF in Nederland geen rechtspersoonlijkheid bezit. Een zelfde onderscheid geldt voor de commanditaire vennootschap. Het Nederlandse recht kent het vereiste van een gelijke rechtsvorm (art. 2:310 lid 1 BW). Hoewel het Belgische recht dit vereiste niet kent,¹⁸⁵ heeft de Belgische wetgever de (grensoverschrijdende) fusie opengesteld voor vennootschappen met rechtspersoonlijkheid. Hiermee lijkt in strijd dat een Belgische vennootschap met rechtspersoonlijkheid opgaat in een Nederlandse vennootschap die rechtspersoonlijkheid ontbeert. Het vestigingsrecht van art. 49

publiek recht niet onder de categorie NV - zoals bedoeld in de vennootschapsrichtlijnen - kunnen worden geschaard. Hoewel de auteurs hun opmerkingen maakten voor de totstandkoming van de Tiende Richtlijn, is de redenering op de Tiende Richtlijn van overeenkomstige toepassing gezien het eenduidige NV-begrip dat de vennootschapsrichtlijnen hanteren.

183 Als reden wordt het voorkomen van rechtsonzekerheid genoemd. Zie de memorie van toelichting bij het wetsontwerp houdende diverse bepalingen (I), *Parl. St.* 2007-2008, nr. 52-1012/1, p. 55.

184 Enkel zijn uitgezonderd de landbouwvennootschap en het economisch samenwerkingsverband (art. 670 W.Venn.) en de beleggingsvennootschappen met veranderlijk kapitaal en vennootschappen in vereffening (art. 772 lid 1 W.Venn.).

185 Wel stelt de wet verplicht dat wanneer bij een fusie tussen verschillende rechtsvormen een commanditaire vennootschap betrokken is elke vennoot van de commanditaire vennootschap kan uittreden in de loop van het boekjaar. Voorts kunnen een BVBA, een coöperatieve vennootschap, →

VWEU biedt hoogstwaarschijnlijk geen uitkomst. De rechtspraak van het Hof van Justitie heeft betrekking op kapitaalvennootschappen op welk terrein via de Eerste Richtlijn harmonisatie heeft plaatsgevonden. Een dergelijke regeling ontbreekt met betrekking tot andere privaatrechtelijke (rechts)personen. Nederland kan met een beroep op het algemeen belang de fusie belemmeren indien de ene fusiepartner wel en de andere fusiepartner geen rechtspersoonlijkheid heeft.

Titel *Vbis* geeft niet aan wanneer een fusie een grensoverschrijdend karakter heeft. Ik neem tot uitgangspunt dat ten minste twee van de deelnemende vennootschappen moeten ressorteren onder het recht van een andere (lid)staat. Dit kan maar hoeft niet het recht van een lidstaat te zijn. In de literatuur neemt men aan dat de Belgische regeling niet is beperkt tot fusies met (kapitaal)vennootschappen naar het recht van andere lidstaten.¹⁸⁶ De grensoverschrijdende fusievormen zijn gelijk aan de interne mogelijkheden.¹⁸⁷ Grensoverschrijdend fuseren is toegestaan via overname (art. 671 W.Venn.) en oprichting (art. 672 W.Venn.). Voor beide fusievarianten is toegestaan een opleg in geld aan de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap(en) tot een maximum van 10% van de nominale waarde van de uitgereikte aandelen. Anders dan bij de interne variant is een bijbetaling van meer dan 10% toegestaan indien de wetgeving van ten minste één van de bij de fusie betrokken buitenlandse vennootschappen dit toelaat (art. 772/2 W.Venn.).¹⁸⁸ Voorts zijn bepaalde verrichtingen aan de fusie door overname gelijkgesteld. Dit is de moeder-dochter fusie, ook indien de aandelen van de overnemende partij in handen zijn van tussenpersonen (art. 676 W.Venn.).¹⁸⁹ Gelijktelling was nodig omdat in deze situaties geen uitgifte van nieuwe aandelen plaatsvindt.¹⁹⁰ De procedureregels voor de grensoverschrijdende fusie zijn neergelegd in art. 672 lid 6 tot en met lid 14 W.Venn. Op de met een fusie door overname gelijkgestelde verrichtingen is het vereenvoudigde regime van toepassing.

een commanditaire vennootschap en een vennootschap onder firma alleen dan een andere vennootschap overnemen wanneer de vennoten van de andere vennootschap voldoen aan de vereisten voor de verkrijging van de hoedanigheid van vennoot in de overnemende vennootschap. Vgl. art. 698 lid 1 en art. 711 lid 1 W.Venn.

186 Vgl. Parrein (2010). Ook Palmaers & Gubbels (2008), p. 258 zijn deze mening toegedaan, maar stellen zich de vraag of een fusie met een (kapitaal)vennootschap naar het recht van een niet-lidstaat in de praktijk tot een werkbare situatie leidt.

187 De schakelbepaling is neergelegd in art. 772 lid 1 W.Venn.

188 De hoedanigheid van de Belgische vennootschap in de fusieverrichting - overgenomen of overnemende vennootschap - is niet relevant. De Belgische wetgever heeft art. 3 lid 1 Tiende Richtlijn op deze wijze correct omgezet in het Belgische recht.

189 De Belgische definitie is ruimer dan de definitie van art. 2 lid 2 (c) Tiende Richtlijn: ook de aandelen in handen van tussenpersonen worden in aanmerking genomen.

190 Ingevolge art. 672 lid 6 W.Venn. is de uitgifte van nieuwe aandelen en de toedeling daarvan aan de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap één van de kenmerken om van een fusie te kunnen spreken.

5.6.3 Het medezeggenschapsbegrip

5.6.3.1 Definitie van medezeggenschap

Art. 3 lid 6 cao nr. 94 definieert het begrip medezeggenschap. De definitie stemt overeen met de implementatie van het begrip uit de SE-Richtlijn in cao nr. 84. Onder medezeggenschap wordt verstaan:

‘de invloed van het orgaan dat de werknemers vertegenwoordigt en/of van de werknemersvertegenwoordigers op de gang van zaken bij een vennootschap via:

- * het recht om een aantal leden van het toezichthoudend of het bestuursorgaan van de vennootschap te kiezen of te benoemen*
- of*
- * het recht om met betrekking tot de benoeming van een aantal of alle leden van het toezichthoudend of het bestuursorgaan van de vennootschap aanbevelingen te doen of bezwaar te maken’*

De tekst is uit cao nr. 84 overgenomen zonder aandacht te besteden aan de bijzonderheden van de Tiende Richtlijn. De Nationale Arbeidsraad heeft zodoende – net als de Nederlandse en Duitse wetgever – verzuimd de definitie uit te breiden tot de leden van het leidinggevende orgaan. Dit zijn in een dualistische structuur de bestuurders en in een monistische structuur de uitvoerende leden van het bestuursorgaan dan wel de leden van een afzonderlijk directiecomité. Nu de definitie wel het bestuursorgaan noemt, biedt de techniek van richtlijnconform interpreteren uitkomst indien een Nederlandse NV – waarin het spreekrecht (eveneens) op het leidinggevende orgaan betrekking heeft – aan de fusie deelneemt. Een richtlijnconforme interpretatie is lastiger op het moment dat het leidinggevende orgaan los van het bestuursorgaan staat. Dat is het geval bij het bestaan van een directiecomité in Belgische vennootschappen. Niet valt uit te sluiten dat een Belgische SE of een uit een eerdere grensoverschrijdende fusie ontstane Belgische vennootschap een medezeggenschapsstelsel kent dat werknemers invloed geeft op de benoeming van de leden van het directiecomité. Naar mijn mening moet de Belgische definitie niet te strikt worden uitgelegd, zodat – via een richtlijnconforme interpretatie – ook deze invloed van de werknemers onder het toepassingsbereik valt.

De definitie omvat slechts de invloed via het orgaan dat de werknemers vertegenwoordigt of via een werknemersvertegenwoordiging. De directe invloed van werknemers wordt niet genoemd, terwijl ook die wijze van uitoefening onder het medezeggenschapsbegrip valt. Voor de werknemers van Nederlandse vennootschappen heeft dit geen consequenties, nu de medezeggenschap wordt uitgeoefend door de (centrale) ondernemingsraad. Dit is niet in alle lidstaten het geval. Denk aan het Duitse DrittelbG dat aan de werknemers een direct benoemingsrecht toekent ten aanzien van de samenstelling van de *Aufsichtsrat*. Deze invloed valt niet onder de

Belgische definitie van medezeggenschap. In de Belgische literatuur wordt deze lacune vooralsnog niet onderkend. Beter gezegd, de vraag wordt niet opgeworpen. Hoe dient men hiermee om te gaan? Voorop staat dat de Belgische medezeggenschapsdefinitie – die overeenstemt met haar Europese evenknie – ruim moet worden uitgelegd (vgl. hoofdstuk 3.4.2). Dit maakt het mogelijk de complexe toepassingen van buitenlandse medezeggenschapsstelsels onder het toepassingsbereik te brengen. Of dit in praktijk ook zo uitwerkt, is een andere vraag. Dit zal (mede) afhangen van de wijze waarop in de betreffende lidstaten tegen het Europese medezeggenschapsbegrip wordt aangekeken. Het is mijn verwachting dat Belgische adviseurs en notarissen voor de buitenlandse deelnemende vennootschappen bij hun collega's uit de betreffende lidstaat te rade gaan over de wijze waarop de buitenlandse vennootschap aan medezeggenschap is onderworpen. Ik voorzie daarom weinig problemen met betrekking tot de Duitse directe benoemingsrechten. Daarover bestaat in Duitsland eensgezindheid: dat is Europese medezeggenschap.

5.6.3.2 Reikwijdte ten aanzien van de Belgische medezeggenschapsrechten

Belgische werknemers hebben via de ondernemingsraad een recht tot het maken van bezwaar ten aanzien van de benoeming van de commissaris (zie hoofdstuk 4.4.3). De functie en bevoegdheden van de commissaris zijn vormgegeven door het W. Venn. De invloed die werknemers op zijn benoeming uitoefenen, komt te vervallen als de Belgische vennootschap als een gevolg van de fusie ophoudt te bestaan.¹⁹¹ Toch valt deze invloed niet te kwalificeren als Europese medezeggenschap. De commissaris is namelijk geen toezichthoudend, leidinggevend of bestuursorgaan van de vennootschap. Dat de commissaris binnen de vennootschap een toezichthoudende taak verricht, maakt dit niet anders. Relevant is dat de functie van commissaris zijn basis in de Vierde Richtlijn vindt.¹⁹² De Vierde Richtlijn harmoniseert de regels inzake het jaarrekeningenrecht en stelt onder meer verplicht dat de jaarrekening van bepaalde vennootschappen wordt gecontroleerd door daartoe bevoegde personen. Binnen het Belgische recht is dat de commissaris, zoals dat binnen het Nederlandse recht de accountant betreft. De SE-Verordening noch de Tiende Richtlijn biedt enige indicatie dat met het toezichthoudende orgaan (eveneens) is bedoeld op de instantie die toezicht houdt op de jaarrekening. Eerder is

191 Ook ten aanzien van de interne fusie van vennootschappen neemt men in de Belgische literatuur doorgaans aan dat de fusie een einde maakt aan de opdracht die is verleend aan de commissaris van de verdwijnende vennootschap. Zie Van Bruystegem & Vercruysse (2007), nr. 7-510. Bij een grensoverschrijdende fusie geldt bovendien dat de functie van commissaris zoals die door het W. Venn. is vormgegeven na de fusie niet terugkeert, voor zover de uit de fusie ontstane vennootschap in het buitenland is gelegen.

192 Richtlijn 2006/43/EG van het Europees Parlement en de Raad van 17 mei 2006 betreffende de wettelijke controles van jaarrekeningen en geconsolideerde jaarrekeningen, tot wijziging van de Richtlijnen 78/660/EEG van 83/349/EEG van de Raad en houdende intrekking van Richtlijn 84/253/EEG van de Raad.

het tegendeel het geval. Hoewel het Europese vennootschapsrecht het begrip toezichthoudend orgaan niet expliciet definieert, valt uit art. 40 SE-Verordening af te leiden dat het houden van toezicht op het bestuur *in algemene zin* een belangrijk kenmerk van dit orgaan betreft. De commissaris houdt slechts toezicht op de financiële aspecten. Een bijkomend argument is dat de Vierde Richtlijn alle lidstaten verplicht tot het instellen van een instantie die de jaarrekening van een bepaalde categorie vennootschappen controleert. Hiermee valt niet te verenigen dat de Belgische commissaris ten aanzien van het Europese recht als toezichthoudend orgaan wordt beschouwd enkel omdat zijn functie door het vennootschapsrecht wordt ingekleurd.

Ook de positie van de ondernemingsraad bij de benoeming van de onafhankelijke bestuurder is geen Europese medezeggenschap. Hoewel de Europese definitie van medezeggenschap een ruime uitleg kent, vereist het hebben van invloed wel enige actieve handeling van (de vertegenwoordigers aan) werknemerszijde. Het ontvangen van de kennisgeving dat tot benoeming wordt overgegaan, maakt de ondernemingsraad tot een passieve actor in het besluitvormingsproces. De ondernemingsraad wordt van de benoeming op de hoogte geacht, niet meer dan dat. Hij ontbeert het recht te reageren, laat staan een advies te geven. Hoewel de ondernemingsraad de kennisgeving in kort geding kan afdwingen, wordt via die weg slechts bewerkstelligd dat de ondernemingsraad de kennisgeving alsnog krijgt toegezonden.

Concluderend zijn de Belgische vennootschappen op basis van het nationale vennootschapsrecht niet aan enig Europees medezeggenschapssysteem onderworpen. Wel kan bij de statuten een voordrachts-, aanbevelings- of bezwaarrecht aan de werknemers(vertegenwoordigers) zijn toegekend.¹⁹³ In de praktijk gaat men hiertoe zelden over. Voorts kan in een ‘Belgische’ SE of een uit een eerdere fusie ontstane vennootschap een medezeggenschapssysteem van toepassing zijn.

5.6.4 De hoofdregel en uitzonderingen

Art. 2 cao nr. 94 somt de omstandigheden op waaronder de medezeggenschap moet worden geregeld conform de bepalingen uit de desbetreffende cao. De Nationale Arbeidsraad is uitgegaan van drie afzonderlijke uitzonderingen. De uitzonderingen zijn in drie subleden neergelegd en ook in het bijbehorende commentaar wordt van ‘drie gevallen’ gesproken.¹⁹⁴ Indien aan één van de uitzonderingen is voldaan, moet ingevolge art. 3 cao nr. 94 een medezeggenschapsregeling worden vastgesteld voor de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap. Bedoeld zal zijn dat de

¹⁹³ De statuten kunnen niet bepalen dat aan de algemene vergadering respectievelijk de vennoten een effectief stemrecht wordt onthouden. Een bindende voordracht of een recht tot aanbeveling moet daarom minimaal twee volwaardige kandidaten bevatten.

¹⁹⁴ Cao nr. 94, p. 2 (commentaar bij art. 2).

toepasselijke bepalingen moeten worden nageleefd. De BOG kan onder omstandigheden immers besluiten geen medezeggenschap in te voeren.

5.6.4.1 Hoofdregeel

De Nationale Arbeidsraad heeft de hoofdregeel van art. 16 lid 1 Tiende Richtlijn niet geïmplementeerd. Dat is opmerkelijk, nu het Belgische recht voor de nationaliteit van de vennootschap aanknoopt bij de werkelijke zetel en art. 16 lid 1 de statutaire zetel als uitgangspunt neemt. Onduidelijkheid kan rijzen over de vraag op basis van welk recht de hoofdregeel uitwerking krijgt. Illustratief is de volgende casus:

Een Nederlandse NV fuseert met een Belgische NV. Na de fusie komt de statutaire zetel van de uit de fusie ontstane vennootschap in België te liggen. De bestuursactiviteiten worden vanuit Nederland uitgevoerd, zodat de werkelijke zetel in Nederland ligt. Vanuit Belgisch oogpunt is het Belgisch recht niet van toepassing op de uit de fusie ontstane vennootschap en vindt de hoofdregeel geen toepassing. Ook de hoofdregeel zoals die in Nederland is geïmplementeerd mist toepassing, nu de statutaire zetel in België ligt en het Nederlandse medezeggenschapsrecht aansluit bij de statutaire zetel van de vennootschap. Dit zou betekenen dat aan art. 16 Tiende Richtlijn geen betekenis toekomt en de medezeggenschap niet wordt beschermd.

Voor deze situatie biedt de Belgische regeling inzake *renvoi* uitkomst. Nu de werkelijke zetel als gevolg van de fusie wordt verplaatst naar een lidstaat die de incorporatieleer aanhangt (Nederland), verwijst het internationaal privaatrecht van Nederland voor het toepasselijke recht naar het Belgische recht terug. Op grond van art. 112 van het Belgische Wetboek van Internationaal Privaatrecht (WIPR) zal België deze *renvoi* naar het eigen land aanvaarden. Dit heeft tot gevolg dat een in België opgerichte vennootschap aan het Belgische recht is onderworpen ondanks het feit dat de werkelijke zetel in het buitenland en dus niet in het oprichtingsland gelegen is. De hoofdregeel wordt daarom alsnog door het Belgische recht ingevuld.

Dan de omgekeerde situatie. Deze situatie laat zich als volgt illustreren.

Een Nederlandse NV fuseert met een Belgische NV. Na de fusie komt de statutaire zetel van de uit de fusie ontstane vennootschap in Nederland te liggen. De bestuursactiviteiten worden ditmaal vanuit de Belgische vestiging uitgevoerd, zodat de werkelijke zetel in België ligt. Vanuit Belgisch oogpunt is het Belgische recht van toepassing op de uit de fusie ontstane vennootschap, hetgeen betekent dat ingevolge de (niet geïmplementeerde) hoofdregeel de werknemers geen recht hebben op medezeggenschap. Ook de hoofdregeel zoals die in Nederland is geïmplementeerd is van toepassing, nu de statutaire zetel in Nederland ligt. Dit zou betekenen dat aan art. 16 Tiende Richtlijn tweemaal betekenis toekomt.

Ook deze opvatting behoeft nuancering. Het Hof van Justitie heeft in zijn arrest *Überseering* geoordeeld dat een lidstaat die de werkelijke zetelleer aanhangt een

naar het recht van een andere lidstaat rechtsgeldig opgerichte vennootschap moet erkennen.¹⁹⁵ In het arrest *Inspire Art Ltd.* voegde het Hof hieraan toe dat het lidstaten in beginsel niet is toegestaan het eigen (vennootschaps)recht toe te passen op vennootschappen die rechtsgeldig zijn opgericht naar het recht van een andere lidstaat.¹⁹⁶ Dit principe leidt er in het bovengenoemde voorbeeld toe dat België de Nederlandse NV moet erkennen en daarop niet het Belgische recht mag toepassen louter omdat de Nederlandse NV haar werkelijke zetel in België heeft. De Nederlandse NV blijft ingevolge het Unierecht aan Nederlands recht onderworpen, zodat de hoofdregel inzake de medezeggenschap vorm krijgt op basis van het Nederlandse recht.

De twee voorbeelden tonen aan dat het feit dat België de hoofdregel niet heeft geïmplementeerd doorgaans niet tot onoverkomelijke problemen leidt. Dat neemt niet weg dat het thans een juridisch gepuzzel is om te bepalen welk nationaal recht de hoofdregel inzake medezeggenschap inkleurt. Het was de duidelijkheid ten goede gekomen indien de Nationale Arbeidsraad de hoofdregel in cao nr. 94 had vermeld.

5.6.4.2 Uitzondering 1: grote ondernemingen

De eerste uitzondering is letterlijk uit de Tiende Richtlijn in art. 2 (1) cao nr. 94 overgenomen. De uitzondering treedt in werking indien minstens één van de fuserende vennootschappen in de zes maanden voorafgaand aan de datum van neerlegging van het fusievoorstel gemiddeld meer dan 500 werknemers heeft en op deze vennootschap een regeling met betrekking tot medezeggenschap van toepassing is. De Belgische doctrine verstaat onder het begrip fuserende vennootschappen terecht de aan de fusie deelnemende vennootschappen.¹⁹⁷

Saelens en De Schutter betogen dat de eerste uitzondering voor België geen relevantie heeft.¹⁹⁸ De uitzondering zou slechts van belang zijn voor een grensoverschrijdende fusie tussen vennootschappen uit lidstaten die bekend zijn met medezeggenschap. Als voorbeeld verwijzen zij naar een fusie tussen een Nederlandse en een Duitse vennootschap. Begrijp ik het goed, dan menen Saelens en De Schutter dat de eerste uitzondering vereist dat alle bij de fusie betrokken vennootschappen meer dan 500 werknemers én een medezeggenschapsregeling hebben. Waarop zij hun visie baseren, is mij niet duidelijk. Zowel de Tiende Richtlijn als de cao nr. 94 spreekt van ‘ten minste één van de fuserende vennootschappen’. De uitzondering kan dus ook voor Belgische vennootschappen van betekenis zijn. Dit is bijvoorbeeld het geval bij een fusie tussen een Belgische NV en een Nederlandse NV, welke laatste vennootschap meer dan 500 werknemers heeft. Voor zover

195 HvJ EG 5 november 2002, nr. C-208/00, *NJ* 2003/58, *JOR* 2003/4 (*Überseering*).

196 HvJ EG 30 december 2003, nr. C-167/01, *NJ* 2004/394 m.nt. Vlas, *JOR* 2003/249 m.nt. Vossestein (*Inspire Art Ltd.*).

197 Geerebeart & Goyens (2010), p. 478.

198 Saelens & De Schutter (2008), p. 214.

Saelans en De Schutter hebben bedoeld dat een Belgische vennootschap nooit zelf aan de vereisten van de eerste uitzondering kan voldoen, is hun zienswijze evenmin juist. Hoewel het Belgische vennootschapsrecht geen wettelijk medezeggenschaps-regime kent, kan de medezeggenschap in de statuten zijn neergelegd. Voorts is denkbaar dat een ‘Belgische’ SE of een uit een eerdere grensoverschrijdende fusie ontstane Belgische vennootschap aan medezeggenschap is onderworpen.

Welke werknemers relevant zijn voor het 500-criterium volgt uit art. 4 § 2 (7) cao nr. 94. Hoewel de definitie pas na de uitzonderingen is opgenomen, is aannemelijk dat ook het werknemersbegrip in de eerste uitzondering aan de hand van deze definitie wordt ingevuld. Werknemers zijn *‘de personen die arbeid verrichten krachtens een arbeidsovereenkomst of een leerovereenkomst’*. Anders dan Nederland en Duitsland, lijkt België een uniforme uitleg te geven aan het werknemersbegrip. De definitie verwijst niet naar het nationale recht van de lidstaat waar de werknemers werkzaam zijn, terwijl een dergelijke verwijzing wel is opgenomen bij de verkiezing en aanwijzing van de BOG-leden.¹⁹⁹ Of een uniforme uitleg is beoogd, valt echter te betwijfelen. Art. 4 § 2 (7) cao nr. 94 verwijst expliciet naar de leerovereenkomst. Deze toevoeging vindt haar grondslag in de Bedrijfsorganisatiewet, wat duidt op een nationale benadering van het werknemersbegrip. Bovendien sluit art. 5 cao nr. 94 aan bij het nationale werknemersbegrip en is er geen reden aan te nemen dat de Nationale Arbeidsraad bij de eerste uitzondering een andere benadering heeft beoogd.²⁰⁰

Het criterium ‘stelsel van werknemersmedezeggenschap’ is niet gedefinieerd. De literatuur vult dit begrip in aan de hand van de definitie van medezeggenschap (zie hiervoor paragraaf 5.6.3.1).

5.6.4.3 Uitzondering 2: ‘hoogste aantal-doctrine’

Art. 2 (2) cao nr. 94 implementeert de uitzondering inzake de ‘hoogste aantal-doctrine’. Ook de tweede uitzondering is letterlijk uit de Tiende Richtlijn overgenomen. Dit geldt op één aspect na. De Nationale Arbeidsraad heeft de tekst aangevuld met de voorwaarde *‘dat er een werknemersvertegenwoordiging is’*.

De Nationale Arbeidsraad licht de aanvulling niet toe. Geerebaert & Goyens stellen dat de voorwaarde betrekking heeft op de aan de fusie deelnemende vennootschap die aan medezeggenschap is onderworpen.²⁰¹ In hun visie is aan de voorwaarde voldaan indien bij de betreffende deelnemende vennootschap een werknemersvertegenwoordiging is ingesteld. De letterlijke tekst van art. 2 (2) cao nr. 94 ondersteunt hun visie. Deze uitleg maakt evenwel niet duidelijk waarom de voorwaarde aan de tweede

¹⁹⁹ Zie art. 6 Wet houdende begeleidende maatregelen.

²⁰⁰ NAR & CRB (2008a), p. 20.

²⁰¹ Geerebaert & Goyens (2010), p. 478.

uitzondering is toegevoegd. Ook andere interpretaties zijn mogelijk. Niet valt uit te sluiten dat is bedoeld dat de medezeggenschap voorafgaand aan de fusie via een werknemersvertegenwoordiging moet zijn uitgeoefend. De Belgische definitie van medezeggenschap stelt dit immers als voorwaarde om te kunnen spreken van medezeggenschap (zie hiervoor paragraaf 5.6.3.1). Het onderscheid tussen beide uitleggen is groot. In de eerste uitleg valt de directe invloed van Duitse werknemers op de samenstelling van de *Aufsichtsrat* wel onder het bereik van de tweede uitzondering, terwijl dat in de tweede uitleg niet het geval is. Een andere mogelijke uitleg houdt in dat de voorwaarde betrekking heeft op de uit de fusie ontstane vennootschap en is opgenomen ten behoeve van de uitoefening van de medezeggenschap na voltooiing van de fusie. Ook de Nederlandse structuurregeling stelt om die reden een ondernemingsraad verplicht. Een manco van deze laatste uitleg is dat de medezeggenschap na de fusie niet door de werknemersvertegenwoordiging van de uit de fusie ontstane vennootschap, maar door de werknemers(vertegenwoordigers) in de verschillende lidstaten afzonderlijk wordt uitgeoefend.

Hoe zit het nu? In mijn visie is de toevoeging te herleiden tot de Engelse versie van art. 16 lid 2 (a) Tiende Richtlijn. De Engelse tekst vermeldt: *‘(...) to the proportion of employee representatives amongst the members of the administrative or supervisory organ or their committees or of the management group which covers the profit units of the company, subject to employee representation’*. In een rapport uit 2007 geeft de Europese Commissie aan dat de toevoeging *‘subject to employee representation’* duidelijk maakt dat is vereist dat de vertegenwoordigers de werknemers als collectief in het kader van de medezeggenschap vertegenwoordigen.²⁰² Ter illustratie noemt de Commissie dat leden die werknemers in hun hoedanigheid als aandeelhouder vertegenwoordigen niet relevant zijn in het kader van de tweede uitzondering. Deze laatste opmerking verklaart mijns inziens dat de Nationale Arbeidsraad de toevoeging *‘dat er een werknemersvertegenwoordiging is’* expliciet in art. 2 (2) cao nr. 94 heeft opgenomen. Bedacht moet worden dat in België de financiële participatie van werknemers bij wet is geregeld en wordt beschouwd als resultaat van het regeringsstreven naar een grotere betrokkenheid en verantwoordelijkheid van werknemers in hun bedrijf. Ik meen dat de Nationale Arbeidsraad met de toevoeging heeft willen verduidelijken dat de vertegenwoordiging van werknemers via het kapitaal van geen betekenis is bij de weging van medezeggenschap in het kader van de tweede uitzondering.

202 Document EG - CBM 06/01. Het document is als bijlage toegevoegd bij de brief van de Minister van Werk aan de voorzitter van de NAR d.d. 27 april 2007.

5.6.4.4 Uitzondering 3: buitenlandse werknemers

De derde uitzondering is in art. 2 (3) cao nr. 94 neergelegd. De derde uitzondering treedt in werking indien het nationale recht de werknemers van in andere lidstaten gelegen vestigingen van de verkrijgende vennootschap niet hetzelfde recht tot medezeggenschap toekent als de werknemers in de lidstaat waar de verkrijgende vennootschap haar statutaire zetel heeft. Het is verwonderlijk dat de Nationale Arbeidsraad deze uitzondering heeft geïmplementeerd. De uitzondering is in de Tiende Richtlijn terechtgekomen om discriminatie tussen binnen- en buitenlandse werknemers te voorkomen en dient ter implementatie in lidstaten die een wettelijke medezeggenschapsregime kennen. Nu de Belgische wet geen medezeggenschap kent, treedt deze uitzondering vanuit Belgisch perspectief nooit in werking.

Het lijkt alsof de Nationale Arbeidsraad de derde uitzondering heeft overgenomen zonder aandacht te schenken aan de vraag hoe de uitzondering zich tot het Belgische recht verhoudt. Dit vermoeden wordt versterkt door het feit dat de Nationale Arbeidsraad in het commentaar bij art. 5 cao nr. 94 inzake ‘*de vaststelling van het aantal werknemers binnen Belgische vennootschappen*’ aangeeft dat wanneer een lidstaat ervoor kiest de medezeggenschap tot buitenlandse werknemers uit te breiden deze lidstaat er niet toe gehouden is deze werknemers bij de vaststelling van het aantal werknemers mee te tellen.²⁰³ Deze opmerking raakt kant noch wal. De opmerking is te herleiden tot art. 16 lid 5 Tiende Richtlijn, welke bepaling in aanvulling op de derde uitzondering in de Tiende Richtlijn is opgenomen. Art. 16 lid 5 Tiende Richtlijn heeft betrekking op het meetellen van buitenlandse werknemers in relatie tot het al dan niet moeten invoeren van een nationaal medezeggenschapsregime en niet – zoals cao nr. 94 doet voorkomen – op de berekening van het aantal werknemers in het kader van de Tiende Richtlijn. Bovendien kent België geen medezeggenschap, zodat het niet mogelijk is de medezeggenschap tot buitenlandse werknemers uit te breiden. Het commentaar is ook in dat opzicht inhoudsloos. Uit de notulen van de gemengde commissie Europese Vennootschap van de Nationale Arbeidsraad blijkt overigens dat binnen de commissie verwarring bestond over de betekenis van art. 16 lid 5 Tiende Richtlijn. Als oplossing is besloten de tekst niet als afzonderlijke bepaling maar als commentaar op art. 5 in de cao op te nemen.²⁰⁴

5.6.5 Het alternatieve regime

Het alternatieve regime treedt steeds in werking indien een Belgische vennootschap fuseert met een buitenlandse vennootschap die aan enige vorm van medezeggenschap is onderworpen. Het alternatieve regime is neergelegd in de hoofdstukken IV

²⁰³ Zie het commentaar van de Nationale Arbeidsraad zoals dat onder art. 5 cao nr. 94 is opgenomen.

²⁰⁴ Notulen van de vergadering van de gemengde commissie Europese vennootschap d.d. 18 oktober 2007, CRB 2007-1222, CRR 300-6, nr. 2.267-2, p. 8-9.

tot en met VII cao nr. 94. Hoofdstuk IV geeft voorschriften over de procedure voorafgaand aan de onderhandelingen. Hier is de samenstelling van de BOG, maar zijn ook de bevoegdheden van de BOG geregeld. Een apart hoofdstuk V is gewijd aan de inhoud van de overeenkomst. De wettelijke referentievoorschriften en een aantal overige bepalingen zijn neergelegd in respectievelijk hoofdstuk VI en hoofdstuk VII. De wet van 19 juni 2009 houdende diverse maatregelen en de wet van 19 juni 2009 houdende diverse bepalingen bevatten de regels inzake de geheimhouding.

In tegenstelling tot het Nederlandse en het Duitse recht, bepaalt het Belgische recht niet expliciet dat de toepassing van de referentievoorschriften door het Belgische recht wordt beheerst indien België het vestigingsland is. Deze bedoeling blijkt wel uit art. 24 cao nr. 94 waarin is neergelegd dat *‘de referentievoorschriften voor medezeggenschap (...) van toepassing zijn vanaf de datum van inschrijving van die vennootschap in België’*.

De bepalingen van het alternatieve regime zijn door een aantal lastige verwijzingen soms moeilijk te doorgronden. De cao nr. 94 spreekt op diverse plaatsen over het ‘vertegenwoordigingsorgaan’.²⁰⁵ Dit begrip komt ook in cao nr. 84 voor en is daar gedefinieerd als *‘het grensoverschrijdende orgaan dat de werknemers vertegenwoordigt, ingesteld bij (...) overeenkomst of overeenkomstig de referentievoorschriften (...)’*.²⁰⁶ Daarmee is gedoeld op de SE-OR. De uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap kent een dergelijk orgaan echter niet. Als oplossing is in art. 16 § 3 (laatste alinea) cao nr. 94 opgenomen dat voor de toepassing van de referentievoorschriften onder het begrip ‘vertegenwoordigingsorgaan’ de BOG wordt verstaan. Deze verwijzing is opgenomen bij de bevoegdheden van de BOG. Het was logischer – en een stuk eenvoudiger – geweest het begrip ‘vertegenwoordigingsorgaan’ in de tekst te vervangen door de BOG. Dat was de leesbaarheid en toepasbaarheid van de regeling ten goede gekomen. Vreemd genoeg was in eerdere concepten van de cao nr. 94 wel voor deze oplossing gekozen, maar is daar later zonder nadere motivering vanaf geweken.²⁰⁷

Ook de Wet houdende diverse maatregelen spreekt over het ‘vertegenwoordigingsorgaan’.²⁰⁸ Het begrip doelt in deze wet klaarblijkelijk niet op de BOG, aangezien het vertegenwoordigingsorgaan in de betreffende bepalingen naast de BOG is opgenomen. Het lijkt erop dat het begrip ‘vertegenwoordigingsorgaan’ in deze wet zonder betekenis is.

²⁰⁵ Dit geldt voor de artt. 26 t/m 33 cao nr. 94.

²⁰⁶ De definitie is neergelegd in art. 3 § 5 cao nr. 84.

²⁰⁷ Zie het voorontwerp tot omzetting van art. 16 van richtlijn 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen d.d. 17 september 2007, 95/D.07-5, CRB/2007-1078, CCR 300-6. Dit document is niet openbaar maar voor wetenschappelijke doeleinden in te zien bij de NAR.

²⁰⁸ Zie de artt. 5, 8 en 9 Wet houdende diverse maatregelen.

5.6.6 De BOG

De regeling die verplicht tot het instellen van een BOG is nagenoeg identiek aan de regeling uit cao nr. 84. Het verschil is dat op basis van cao nr. 94 de instelling van een BOG achterwege blijft indien de bevoegde organen van de deelnemende vennootschappen (in België de raad van bestuur) zich rechtstreeks aan de referentievoorschriften onderwerpen (zie paragraaf 5.6.9).

Samenstelling van de BOG

Nadat het gemeenschappelijke fusievoorstel openbaar is gemaakt, doen de deelnemende vennootschappen zo spoedig mogelijk het nodige om met de vertegenwoordigers van de werknemers in onderhandeling te treden over de medezeggenschap. Het proces vangt aan met het verstrekken van bepaalde informatie aan de werknemersvertegenwoordigers van de deelnemende vennootschappen, dochterondernemingen en buitenlandse vestigingen, en bij het ontbreken van vertegenwoordigers aan de werknemers zelf (art. 6 cao nr. 94). De gegevens dienen inzichtelijk te maken aan de hand van welke procedure de medezeggenschap wordt vastgesteld. De verwijzing naar art. 5 sub j Tiende Richtlijn maakt duidelijk dat is bedoeld op de vraag of direct de referentievoorschriften worden toegepast dan wel het onderhandelingstraject wordt opgestart. De informatieplicht heeft verder betrekking op de werknemersaantallen in de deelnemende en dochtervennootschappen. Ook moet worden aangegeven welke werknemers van de deelnemende vennootschappen aan medezeggenschap zijn onderworpen en hoe dit aantal zich verhoudt tot het totale werknemersbestand. Deze laatste eis leest men in de SE-Richtlijn niet terug. Het minimumkarakter van art. 3 SE-Richtlijn laat de lidstaten echter vrij nadere voorwaarden aan de informatieplicht te stellen. Het valt toe te juichen dat de informatieplicht ook deze informatie omvat. Deze gegevens zijn noodzakelijk voor de samenstelling en het functioneren van de BOG. Ook het Duitse implementatierecht kent een dergelijke uitgebreide informatieverplichting.

De samenstelling van de BOG volgt uit art. 9 cao nr. 94. Conform de SE-Richtlijn krijgt een lidstaat een BOG-lid toegewezen tot elke 10% van het aantal werknemers ten opzichte van het totale werknemersbestand. Het gemiddelde aantal Belgische werknemers berekent men over een periode van twee jaar (art. 5 cao nr. 94) op basis van de regelgeving betreffende de sociale verkiezingen voor nationale ondernemingsraden.²⁰⁹ De berekeningswijze is overgenomen uit cao

209 Ook art. 6 Wet houdende begeleidende maatregelen verwijst voor deze materies naar het nationale recht. Dit artikel bepaalt dat de regels betreffende de berekening van het aantal tewerkgestelde werknemers, het begrip werknemers en de wijze van verkiezing of aanwijzing van de werknemersvertegenwoordigers zijn onderworpen aan het recht van de lidstaat waar de betrokken vestigingen of ondernemingen gelegen zijn.

nr. 64 (implementatie EOR-Richtlijn). Het verschil is dat de EOR-Richtlijn op dit punt een bepaling kent, terwijl een dergelijke bepaling in de SE-Richtlijn en de Tiende Richtlijn ontbreekt. Dit kan leiden tot een niet representatieve samenstelling van de BOG, nu andere lidstaten – waaronder Nederland en Duitsland – uitgaan van het aantal werknemers op het moment dat de BOG wordt samengesteld.

In lijn met de SE-Richtlijn krijgen (werknemers uit) lidstaten extra leden toegewezen voor deelnemende vennootschappen die door de fusie ophouden te bestaan. Het Belgische recht verbindt hieraan drie voorwaarden: (i) de werknemers mogen niet over een directe vertegenwoordiger in de BOG beschikken, (ii) er mag geen sprake zijn van een dubbele vertegenwoordiging en (iii) de toekenning mag niet leiden tot een verhoging met meer dan 20% van het op grond van de hoofdregel toegekende aantal zetels.²¹⁰ Merkwaardig is het onderscheid tussen de voorwaarden (i) en (ii). In de bijlage bij cao nr. 94 stelt de Nationale Arbeidsraad dat aan het vereiste van een directe vertegenwoordiger is voldaan indien de verdwijnende vennootschap ingevolge de hoofdregel een eigen werknemer in de BOG heeft. Onder het begrip ‘dubbele vertegenwoordiging’ valt volgens de Nationale Arbeidsraad de situatie dat een vakbondsvertegenwoordiger in de BOG is benoemd. Aan dit vereiste is voldaan indien de verdwijnende vennootschap werkzaam is in de betreffende sector. De gedachte is dat de vakbondsvertegenwoordiger alle Belgische deelnemende (en dus ook de verdwijnende) vennootschappen vertegenwoordigt die binnen de betreffende sector werkzaam zijn.²¹¹ De wijze van implementeren lijkt toe te staan dat een vakbondsafgevaardigde als vertegenwoordiger in de BOG kan plaatsnemen vóór een werknemer die in de Belgische deelnemende vennootschappen werkzaam is. Deze benadering is niet correct. Art. 3 lid 2 (laatste alinea) SE-Richtlijn bepaalt dat de deelnemende vennootschappen – zo goed als mogelijk is – met een lid in de BOG zijn vertegenwoordigd, waarmee is bedoeld op een werknemer die in de onderneming van die vennootschap werkzaam is (zie uitgebreid hoofdstuk 3.7.2).

De Belgische implementatie staat overigens toe dat werknemers van betrokken dochterondernemingen in de BOG zitting nemen voordat de deelnemende vennootschappen met een werknemer zijn vertegenwoordigd. Dit biedt op de volgende wijze mogelijkheden tot manipulatie:

210 Wanneer het aantal extra zetel de 20% overschrijdt, worden de zetels in dalende volgorde van het aantal werknemers per lidstaat verdeeld. Deze uitwerking sluit aan bij het Nederlandse en het Duitse implementatierecht.

211 Notulen van de vergadering van de gemengde subcommissie Europese vennootschap d.d. 30 januari 2004, p. 6. Dit document is niet openbaar, maar door de auteur geraadpleegd bij de Nationale Arbeidsraad te Brussel.

De volgende drie deelnemende vennootschappen zijn voornemens te fuseren: een Nederlandse NV met 4.000 werknemers en twee Belgische NV's met in totaal 900 werknemers. Eén van de Belgische NV's treedt op als verkrijgende vennootschap. De verdeling van de zetels in de BOG naar proportionaliteit komt neer op: Nederland (82%) en België (18%). Nu één Belgische vennootschap als een gevolg van de fusie verdwijnt, krijgt België een extra zetel in de BOG toegekend indien geen van de drie voorwaarden is vervuld. De twee zetels die op basis van de hoofdregel aan de Belgische werknemers zijn toegekend, worden ingenomen door werknemers van dochtervennootschappen. Hierdoor is van directe vertegenwoordiging noch dubbele vertegenwoordiging sprake. Nu eveneens geen verhoging van het aantal zetels met meer dan 20% plaatsvindt, heeft België recht op een extra zetel. De Nederlandse verdwijnende NV krijgt geen extra zetel toegekend. Het Nederlandse implementatierecht verplicht de verdwijnende NV eerst een werknemer uit de verdwijnende deelnemende vennootschap in de BOG aan te stellen (art. 1:9 lid 6 WRW).

Net als het Nederlandse implementatierecht, regelt cao nr. 94 de omstandigheden waaronder een nieuwe BOG moet worden opgericht. Dit is het geval indien het gemeenschappelijke fusievoorstel wordt gewijzigd in die zin dat een deelnemende vennootschap, dochteronderneming of vestiging bij de fusie wordt betrokken of wordt uitgesloten (art. 13 cao nr. 94). Binnen de Nationale Arbeidsraad bestonden tegen een hernieuwde samenstelling bezwaren omdat het een te zware procedure zou zijn. Hier werd tegenin gebracht dat een dergelijke procedure ook gold bij de oprichting van een SE. Niet viel in te zien waarom deze verplichting bij een grensoverschrijdende fusie niet zou moeten gelden.²¹²

Geschillen over de samenstelling van de BOG kan men voorleggen aan de Arbeidsrechtbank (art. 582 (12) Gerechtelijk Wetboek). Art. 4 Wet houdende diverse bepalingen wijst de procesbevoegdheid toe aan de representatieve organisaties van werknemers in de zin van de Bedrijfsorganisatiewet. Deze bepaling suggereert dat slechts Belgische ondernemingsraden een geschil inzake de samenstelling van de BOG aanhangig kunnen maken. Dat is uiteraard niet juist. Deze mogelijkheid komt ook aan buitenlandse werknemers(vertegenwoordigers) toe.

Verkiezingen van de Belgische BOG-leden

De verkiezingsprocedure volgt uit art. 10 cao nr. 94. De samenstelling van het kiescollege gaat uit van verschillende scenario's die in aflopende volgorde in art. 10 cao nr. 94 zijn uitgeschreven. Het kiescollege bestaat in de eerste plaats uit de werknemersvertegenwoordigers uit de ondernemingsraden,²¹³ en bij gebreke van enige ondernemingsraad uit de werknemersvertegenwoordigers die zitting hebben in

212 Notulen van de vergadering van de gemengde subcommissie Europese vennootschap d.d. 18 oktober 2007, p. 9. Dit document is niet openbaar, maar door de auteur geraadpleegd bij de Nationale Arbeidsraad te Brussel.

213 Ondernemingsraden moeten worden ingesteld in ondernemingen die ten minste gemiddeld honderd werknemers tewerkstellen (KB met betrekking tot de sociale verkiezingen). Het begrip 'tewerkstellen' duidt op alle werknemers die krachtens een arbeids- of leerovereenkomst zijn tewerkgesteld.

het comité voor preventie en bescherming op het werk.²¹⁴ De uitdrukkelijke verwijzing naar de werknemersvertegenwoordigers was nodig, omdat in België ook werkgeversvertegenwoordigers deel uitmaken van de ondernemingsraad dan wel het comité voor preventie en bescherming op het werk. Is er geen ondernemingsraad of een comité voor preventie en bescherming op het werk, dan kan het bevoegde paritair comité²¹⁵ de eventueel aanwezige vakbondsafvaardiging²¹⁶ binnen een onderneming machtigen de BOG-leden aan te wijzen. De Belgische regeling is sluitend, nu zij bij ontstentenis van enig overlegorgaan aan de betrokken werknemers de mogelijkheid biedt rechtstreeks hun vertegenwoordigers te kiezen.

Problemen doen zich voor indien bij de Belgische deelnemende vennootschappen, betrokken dochterondernemingen en vestigingen niet dezelfde overlegorganen bestaan. De tekst van art. 10 cao nr. 94 impliceert dat slechts het onderdeel met de hoogste gerangschikte werknemersvertegenwoordiging de Belgische BOG-leden namens alle Belgische werknemers aanwijst.²¹⁷ Het kan daarom gebeuren dat de werknemersvertegenwoordigers uit de ondernemingsraad van een dochteronderneming alle werknemers vertegenwoordigen indien slechts binnen die onderneming een ondernemingsraad is ingesteld. Een dergelijke uitkomst komt weinig democratisch voor.²¹⁸ Bedoeld zal zijn dat per deelnemende vennootschap, dochteronderneming en vestiging afzonderlijk wordt nagegaan op welke wijze de betreffende werknemers worden vertegenwoordigd en dat aan de hand hiervan een zo representatief mogelijk kiescollege wordt gevormd. Ook ten aanzien van de soortgelijke regeling in cao nr. 62 (implementatie EOR-Richtlijn) is deze oplossing bepleit.²¹⁹ De literatuur hanteert eenzelfde redenering indien binnen één vennootschap diverse

214 Tot de instelling van het comité voor preventie en bescherming op het werk bestaat een verplichting indien bij de onderneming vijftig werknemers zijn tewerkgesteld.

215 Dit zijn overlegorganen die per sector zijn opgericht bij Koninklijk Besluit. In de paritaire comités zetelen de vertegenwoordigers van de voor die bedrijfstak of sector representatieve werkgevers- en werknemersorganisaties. De vertegenwoordigers bespreken op voet van gelijkheid hun gemeenschappelijke problemen.

216 De vakbondsafvaardiging is een sociaalrechtelijk orgaan dat de representatieve vakorganisaties bij de werkgever vertegenwoordigt. Dit orgaan is gebaseerd op cao nr. 5. In beginsel treedt de vakbondsafvaardiging slechts op voor de bij de vakbond aangesloten personeelsleden, maar ten aanzien van bepaalde zaken vertegenwoordigt hij alle werknemers. Dat laatste geldt bij de verkiezing van de Belgische BOG-leden.

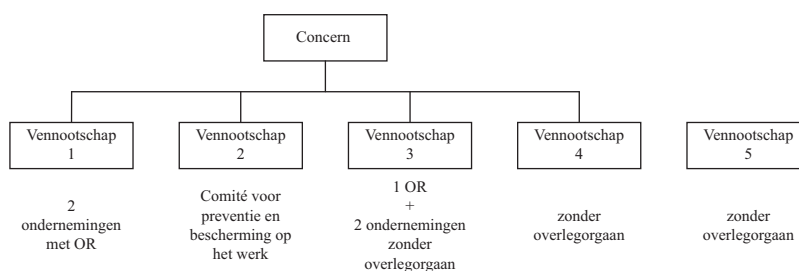
217 De caotekst doet voorkomen dat de verschillende overlegorganen niet met elkaar het kiescollege kunnen vormen. De tekst bepaalt dat het volgende lid van de bepaling (lees: het volgende scenario) eerst dan in werking treedt indien een bepaald overlegorgaan ontbreekt. Voorts gaat de tekst ervan uit dat ofwel ondernemingraden ofwel comités voor preventie en veiligheid op het werk ofwel vakbondsafvaardigden ofwel werknemers het kiescollege vormen. Bovendien wordt bij het ontbreken van een ondernemingsraad of een comité voor preventie en veiligheid op het werk gesteld dat de vakbondsafvaardiging of - bij het ontbreken van een machtiging - de werknemers de BOG-leden aanwijzen. Er wordt niet gesteld dat zij in andere situaties van het kiescollege deel uitmaken.

218 Vgl. Dorssemont (1998), p. 8 die eenzelfde standpunt inneemt met betrekking tot de soortgelijke implementatie van de EOR-Richtlijn in cao nr. 62.

219 Steyaert, Dorssemont, De Ganck & De Gols (2009), p. 304-305.

onderdelen (technische bedrijfseenheden) bestaan met verschillende overlegorganen. Op dit laatste punt wijkt de regeling af van de Nederlandse en Duitse variant. In Nederland en Duitsland worden de werknemers van ondernemingen zonder afzonderlijke ondernemingsraad door de aanwezige ondernemingsraad(en) van die vennootschap vertegenwoordigd en ontberen zij het recht zelf personen voor het kiescollege aan te dragen (zie de paragrafen 5.4.6 en 5.5.6).

Het volgende voorbeeld illustreert de samenstelling van het kiescollege:



Het kiescollege bestaat uit:

- de werknemersvertegenwoordigers van de twee OR'en van vennootschap 1 +
- de werknemersvertegenwoordigers van het comité voor preventie en bescherming op het werk van vennootschap 2 +
- de werknemersvertegenwoordigers van de OR van vennootschap 3 + de werknemers uit de twee ondernemingen zonder overlegorgaan (het is onduidelijk of is toegestaan dat het paritair comité slechts voor deze twee ondernemingen de eventueel aanwezige vakbondsafvaardiging machtigt, aangezien de vakbondsafvaardiging in beginsel de werknemers van de gehele vennootschap vertegenwoordigt) +
- de vakbondsafvaardiging(en) voor zover aanwezig en daartoe gemachtigd door het paritair comité en bij gebreke daarvan de werknemers zelf +
- de vakbondsafvaardiging(en) voor zover aanwezig en daartoe gemachtigd door het paritair comité en bij gebreke daarvan de werknemers zelf

NB! De Belgische wet kent niet de mogelijkheid voor verschillende ondernemingen een groeps- of centrale ondernemingsraad in te stellen. Dit kan tot praktische problemen aanleiding geven indien sprake is van een concern met tal van dochterondernemingen en vestigingen in België. De huidige regeling noopt er toe dat per onderneming wordt nagegaan hoe de vertegenwoordiging in het kiescollege wordt ingevuld. Dit kan leiden tot een zeer omvangrijk en weinig efficiënt kiescollege.

Het kiescollege kiest de BOG-leden met unanimititeit en bij het ontbreken van unanimititeit met meerderheid van stemmen. Het is opmerkelijk dat geen rekening is gehouden met het mogelijke verschil in omvang tussen de diverse Belgische deelnemende vennootschappen, betrokken dochterondernemingen en/of vestigingen. Met name indien de werknemers van een onderneming zelf onderdeel van het kiescollege uitmaken, kan dit tot scheve verhoudingen leiden. Denk aan de situatie dat bij één deelnemende vennootschap 4.000 werknemers binnen het kiescollege door de ondernemingsraad worden vertegenwoordigd, terwijl bij een tweede deelnemende vennootschap de veertig werknemers zelf in het kiescollege zitting hebben. De Nationale Arbeidsraad erkende dit probleem. Tijdens de voorbereidende vergaderingen over de implementatie van de EOR-Richtlijn werd geopperd dat een werknemersvertegenwoordiger in het kiescollege over een aantal stemmen beschikte gelijk aan het aantal werknemers van de betrokken onderneming gedeeld door het totale aantal vertegenwoordigers van het betreffende vertegenwoordigingsorgaan waarvan hij deel uitmaakt.²²⁰ Deze tekst is niet in cao nr. 62 terecht gekomen. De vrees bestond dat een dergelijke formule in de praktijk tot problemen zou leiden (uit de stukken blijkt niet op welke problemen men doelde). In het advies bij cao nr. 62 is slechts de aanbeveling opgenomen dat bij de verkiezingen een formule wordt gehanteerd die het mogelijk maakt rekening te houden met het aantal werknemers dat wordt vertegenwoordigd.²²¹ Een identieke aanbeveling is in het advies bij cao nr. 94 terug te vinden.²²² Het is dus aan de deelnemende vennootschappen, betrokken dochterondernemingen en/of vestigingen om bij de verkiezingen al dan niet een wegingssystematiek te hanteren. De kans dat men hiertoe besluit, acht ik gezien de uiteenlopende belangen minimaal.

Een ander aspect is wie het kiescollege tot BOG-lid kan aanwijzen. Cao nr. 94 neemt als uitgangspunt dat werknemers als BOG-lid worden aangewezen. De tekst van art. 10 cao nr. 94 spreekt consequent van de leden-werknemers van de BOG. Indien de ondernemingsraad en/of het comité voor preventie en bescherming op het werk het kiescollege vormen, worden de Belgische BOG-leden aangewezen door en onder de in België tewerkgestelde werknemersvertegenwoordigers. Anders geformuleerd: slechts de werknemers uit de betreffende overlegorganen kunnen tot BOG-lid worden verkozen. In de hypothese dat (eveneens) werknemers zelf in het kiescollege zitting hebben, lijkt er ruimte te zijn voor een aanwijzing van een werknemer als BOG-lid buiten het kiescollege om. De tekst spreekt in dat geval niet van een aanwijzing door en onder. Voorts laat art. 10 § 3 cao nr. 94 toe dat het kiescollege een vakbondsldvertegenwoordiger als BOG-lid aanwijst. De literatuur gaat ervan uit dat deze mogelijkheid tot één BOG-lid is beperkt.²²³ De principiële

220 Notulen van de vergadering van de subcommissie ondernemingsraden d.d. 23 januari 1996, nr. 1.516-8, p. 15.

221 NAR & CRB (2004), p. 8.

222 NAR & CRB (2008b), p. 10.

223 Geerebaert & Goyens (2010), p. 479.

voorkeur voor leden-werknemers kan worden toegejuicht, nu binnen het Belgische recht vakbondsleden feitelijk alleen de gesyndiceerden vertegenwoordigen.

Cao nr. 94 bepaalt niet welke Belgische werknemers door welk BOG-lid worden vertegenwoordigd. Hoewel de SE-Richtlijn op dit punt geen expliciete verplichting bevat, is de verdelingswijze relevant voor de besluitvorming binnen de BOG. Nu verschillende BOG-leden niet dezelfde werknemers kunnen vertegenwoordigen, acht ik verdedigbaar dat een BOG-lid de werknemers vertegenwoordigt van de onderneming van waaruit hij afkomstig is. Indien er minder zetels zijn dan het aantal deelnemende vennootschappen, betrokken dochterondernemingen en vestigingen, dan dienen de resterende werknemers te worden verdeeld over de BOG-leden naar evenredigheid van het aantal werknemers dat de leden vóór de verdeling vertegenwoordigden. Het wordt lastig indien een vakbondslid als BOG-lid is verkozen. Het Belgische recht gaat ervan uit dat een vakbondslid alle ondernemingen vertegenwoordigt die in de betreffende sector werkzaam zijn. Een logische oplossing is dat de vakbondsvertegenwoordiger deze ondernemingen vertegenwoordigt voor een percentage gelijk aan dat aantal ondernemingen (vgl. hoofdstuk 3.7.3). Hebben de ondernemingen geen eigen werknemer in de BOG, dan is het redelijk dat de vakbondsvertegenwoordiger de werknemers van deze onderneming in het geheel vertegenwoordigt.

Geheimhoudingsbepalingen

De bepalingen inzake de geheimhouding en vertrouwelijkheid van informatie zijn bij wet geïmplementeerd. Art. 8 Wet houdende begeleidende maatregelen reguleert de materiële beperkingen die aan de informatieplicht van de deelnemende vennootschappen zijn gesteld. Een geschil inzake het geheime of vertrouwelijke karakter van de informatie valt onder de bevoegdheid van de voorzitter van de arbeidsrechtbank van de plaats van de zetel van het toezichthoudende- of bestuursorgaan (art. 3 Wet houdende diverse bepalingen). Gedoeld zal zijn op de zetel van de Belgische deelnemende vennootschap die aan de BOG geheimhouding oplegt dan wel weigert bepaalde informatie aan de BOG te verstrekken. De procedure is erop gericht discretie te waarborgen. De beslissing van de voorzitter van de arbeidsrechtbank is niet vatbaar voor beroep.

Art. 8 Wet houdende diverse maatregelen machtigt het toezichthoudende of bestuursorgaan van de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap informatie als vertrouwelijk te kwalificeren indien de openbaring ernstige schade zou kunnen berokkenen aan de onderneming. De Belgische wetgever hanteert wederom een opmerkelijke woordkeuze. Het gaat immers om een situatie voorafgaand aan de fusie. Ditmaal zal zijn gedoeld op het toezichthoudende of het bestuursorgaan van de deelnemende vennootschappen. Doorgaans zal de communicatie met de BOG via de bestuursorganen verlopen. Het vertrouwelijke karakter moet aan de BOG worden gemeld op het moment dat de informatie wordt medegedeeld en heeft tot gevolg dat de informatie niet aan derden mag worden verspreid. De schending van de geheimhoudingsplicht levert een strafbaar feit op

waarop een gevangenisstraf staat van acht dagen tot zes maanden en een geldboete (art. 485 SW). De wet geeft geen blijk van aandacht voor het feit dat de overtreding in het buitenland kan plaatsvinden. Dit is wel mogelijk. Denk aan een Nederlands BOG-lid dat de geheime informatie aan derden bekend maakt.

Daarnaast is het bestuursorgaan gemachtigd om bepaalde inlichtingen niet mee te delen wanneer de inlichtingen van dien aard zijn dat, volgens objectieve criteria hun bekendmaking de werking van de vennootschap ernstig zou kunnen belemmeren of haar schade zou kunnen berokkenen. In het KB houdende begeleidende maatregelen is op limitatieve wijze bepaald welke informatie als geheim kan worden gekwalificeerd voor zover aan het volgens objectieve criteria vastgestelde risico van een ernstige belemmering of het berokkenen van schade is voldaan. Steeds moet worden nagegaan of de verspreiding van de betreffende inlichtingen gelet op de specifieke omstandigheden effectief een dergelijk risico inhoudt. Het gaat om de volgende informatie:

1. de inlichtingen betreffende de distributiemarges;
2. de omzet uitgedrukt in absolute waarde en de uitsplitsing voor elke onderneming die deel uitmaakt van de vennootschap die ontstaan is uit de grensoverschrijdende fusie van kapitaalvennootschappen;
3. het niveau en de evolutie van de kost- en verkoopprijzen per eenheid;
4. de gegevens over de verdeling van de kosten per product of per onderneming die deel uitmaakt van de vennootschap die ontstaan is uit de grensoverschrijdende fusie van kapitaalvennootschappen;
5. inzake het programma en de algemene toekomstvooruitzichten van de ondernemingen in de distributiesector: de voorgenomen inplanting van nieuwe verkooppunten;
6. de inlichtingen met betrekking tot het wetenschappelijk onderzoek;
7. de uitsplitsing van de gegevens betreffende de resultatenrekening per onderneming die deel uitmaakt van de vennootschap die ontstaan is uit de grensoverschrijdende fusie van kapitaalvennootschappen.

Het is interessant vast te stellen dat art. 8 Wet houdende diverse maatregelen voor het opleggen van geheimhouding ‘ernstige schade’ vereist, terwijl voor het niet vertrekken van informatie ‘schade’ afdoende is. Dit onderscheid wekt de indruk dat de deelnemende vennootschappen zich eenvoudiger op het niet verschaffen van informatie dan op de geheimhouding kunnen beroepen. Dat is niet logisch. Het niet verschaffen van informatie betreft een verdergaande inperking van de informatieverstrekking. Dit geldt ook in de SE-Richtlijn als uitgangspunt.²²⁴ Een nadere lezing van art. 8 Wet houdende diverse maatregelen leert dat het onderscheid niet zo strikt is als dat het op het eerste gezicht lijkt. Het niet verstrekken van inlichtingen vereist namelijk dat het gaat om de in de bovengenoemde punten 1 t/m 7 limitatief opgesomde gegevens welke naar ‘*objectieve criteria*’ schade aan de onderneming

²²⁴ Art. 8 SE-Richtlijn stelt voor het opleggen van geheimhouding geen criteria, terwijl het artikel voor het niet overleggen van informatie schade aan de uit de fusie ontstane vennootschap, de deelnemende vennootschap of haar dochterondernemingen en vestigingen vereist.

kunnen toebrengen. In de literatuur is gesteld dat het vereiste van ‘ernstige schade’ bij het opleggen van geheimhouding een tegenwicht vormt tegen het ontbreken van objectieve criteria.²²⁵ Ik betwijfel of dit in de praktijk ook zo uitwerkt. Hoewel de wettekst dit niet expliciet vereist, is mijn verwachting dat rechters de vraag of van ‘ernstige schade’ sprake is eveneens aan de hand van objectieve criteria zullen beoordelen. Ook de SE-Richtlijn geeft geen indicatie dat bij het opleggen van geheimhouding het subjectieve ‘gevoel’ van de werkgever een rol speelt.

De punten 1 t/m 7 hebben betrekking op economische gegevens. De tekst van art. 8 Wet houdende begeleidende maatregelen staat er echter niet aan in de weg dat economische informatie als vertrouwelijk wordt bestempeld. Nu deze maatregel een minder ingrijpende beperking betreft, zijn de bestuursorganen in mijn visie zelfs tot het middel van geheimhouding verplicht indien de vennootschap via deze weg afdoende bescherming geniet.

Arbeidsrechtelijke bescherming

De bescherming van de rechtspositie van de Belgische BOG-leden volgt enerzijds uit de cao nr. 94 en anderzijds uit de Wet houdende begeleidende maatregelen. Wat het deelnemen aan vergaderingen en het doorbetalen van loon betreft, stelt art. 34 cao nr. 94 dat de Belgische BOG-leden dezelfde rechten hebben als de leden van de ondernemingsraad. Deze rechten zijn neergelegd in art. 23 Bedrijfsorganisatiewet en houden in dat de Belgische BOG-leden geen financiële lasten hoeven te dragen ter vervulling van hun taak. Zij kunnen aan vergaderingen deelnemen met behoud van salaris. Art. 33 cao nr. 94 geeft de BOG-leden alle tijd en middelen om de werknemersvertegenwoordigers van de technische bedrijfseenheden in te lichten over de inhoud en de resultaten van de onderhandelingen. De ontslagbescherming is neergelegd in art. 9 Wet houdende begeleidende maatregelen welk artikel weer verwijst naar de Wet houdende bijzondere ontslagregeling. De BOG-leden kunnen slechts worden ontslagen om een dringende reden die vooraf door het Arbeidsrecht is vastgesteld of om economische of technische redenen die vooraf door het bevoegd paritair orgaan zijn erkend (art. 2 § 1 eerste lid).²²⁶ Er geldt dus een preventieve ontslagtoets. De bijzondere ontslagbescherming geldt voor een periode die een aanvang neemt dertig dagen voorafgaand aan hun aanwijzing tot het moment waarop hun mandaat eindigt. Hoewel de tekst van art. 9 Wet houdende begeleidende maatregelen spreekt over de BOG-leden in het algemeen, heeft deze bepaling slechts betrekking op de Belgische BOG-leden.

225 Steyaert, Dorssemont, De Ganck & De Gols (2009), p. 316.

226 Wet van 19 maart 1991 houdende bijzondere ontslagregeling voor de personeelsafgevaardigden in de ondernemingsraden en in de comités voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen alsmede voor de kandidaat-personeelsafgevaardigden, B.S. 29 maart 1991.

5.6.7 De onderhandelingen

De betrokken besturen beleggen de eerste vergadering zodra zij zijn ingelicht over de namen van de BOG. Art. 15 cao nr. 94 kent aan de BOG een bijzonder recht toe dat niet uit de SE-Richtlijn voortvloeit: de BOG mag één of meer voorbereidende vergaderingen houden. Het Nederlandse recht kent een soortgelijke bepaling. Verschil is dat de Belgische bepaling vereist dat de besturen van de Belgische deelnemende vennootschappen met de voorbereidende vergadering(en) instemmen. Aan de besturen van de buitenlandse deelnemende vennootschappen komt dit recht opmerkelijk genoeg niet toe. De voorbereidende vergadering heeft geen invloed op de onderhandelingstermijn van zes maanden. De termijn gaat lopen na afloop van de eerste vergadering tussen de BOG en de deelnemende vennootschappen (art. 21 § 1 cao nr. 94). Hoewel de voorbereidende subcommissie Europese Vennootschap erkende dat de SE-Richtlijn voor de ingangsdatum van de termijn aansluit bij het moment dat de BOG is ingesteld, constateerde de subcommissie dat er geen exacte datum is die de instelling van de BOG formaliseert. Ten behoeve van de rechtszekerheid is besloten de eerste vergadering als ijkpunt te nemen.²²⁷

In tegenstelling tot het Nederlandse recht vermeldt cao nr. 94 – tot twee keer toe – dat de onderhandelingspartijen dienen te onderhandelen in de geest van samenwerking.²²⁸ De Belgische literatuur is niet eenduidig over de betekenis van dit beginsel. Met betrekking tot cao nr. 62 (implementatie EOR-Richtlijn) meent Blanpain dat het beginsel een absolute vredesplicht inhoudt op grond waarvan een stakingsverbod geldt.²²⁹ Dorssemont betoogt dat de samenwerkingsgedachte kan worden gejuridiseerd tot de precontractuele goede trouw waaruit voor beide partijen een *duty to bargain* voortvloeit.²³⁰ Een zelfde uitleg wordt in de Nederlandse literatuur bepleit (vgl. paragraaf 5.4.7). Een andere vraag is die naar de afdwingbaarheid van het beginsel. Nu het om een collectieve normatieve bepaling gaat die algemeen verbindend is verklaard, is het niet-naleven van het beginsel strafrechtelijk gesanctioneerd op grond van art. 56 Wet CAO. In hoeverre deze sanctie in de praktijk ook daadwerkelijk betekenis zal hebben, valt af te wachten.

De BOG besluit tot het aangaan van een overeenkomst met een volstreekte meerderheid van haar leden, die tevens een volstreekte meerderheid van de in de BOG vertegenwoordigde werknemers vormt (art. 20 cao nr. 94). Een dubbele gekwalificeerde meerderheid is vereist indien wordt besloten tot een inperking van de medezeggenschap en de medezeggenschap voorafgaand aan de fusie ten minste

227 Notulen van de vergadering van de gemengde subcommissie Europese Vennootschap d.d. 30 januari 2004, p. 2-3 (ten aanzien van de implementatie van de SE-Richtlijn). Dit document is niet openbaar, maar door de auteur geraadpleegd bij de Nationale Arbeidsraad te Brussel.

228 Zie de artt. 8 en 32 cao nr. 94. Onder het in art. 32 genoemde vertegenwoordigingsorgaan moet op grond van art. 16 § 3 (laatste alinea) de BOG worden verstaan.

229 Blanpain (1996), p. 15 die ter motivatie verwijst hij naar de Duitse signatuur van de bepaling.

230 Dorssemont (1998), p. 13.

25% van het totale aantal werknemers van de deelnemende vennootschappen bestrijkt. Van een inperking van medezeggenschap is sprake bij ‘*een gedeelte werknemersvertegenwoordigers die zitting hebben in het toezichthoudend of het bestuursorgaan van de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap of leden van die organen met betrekking tot wier benoeming de werknemersvertegenwoordigers aanbevelingen kunnen doen of bezwaar kunnen maken dat geringer is dan het hoogste gedeelte dat in de deelnemende kapitaalvennootschappen van toepassing was*’. Of voorafgaand en na voltooiing van de grensoverschrijdende fusie medezeggenschap aanwezig is, wordt beoordeeld aan de hand van de medezeggenschapsdefinitie zoals neergelegd in art. 2 cao nr. 94 (zie paragraaf 5.6.3.1).

Een dubbele kwalificeerde meerderheid is eveneens vereist bij een besluit tot het afbreken of het niet aangaan van de onderhandelingen. Deze besluiten hebben tot gevolg dat de BOG wordt ontbonden en de medezeggenschapsvoorschriften van toepassing worden zoals ‘*die gelden in de lidstaten waar de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap haar statutaire zetel heeft*’. Met ‘lidstaten’ is klaarblijkelijk België bedoeld, nu de statutaire zetel in één lidstaat gelegen kan zijn en art. 17 cao nr. 94 slechts van toepassing is wanneer de statutaire zetel in België ligt. Nu België geen wettelijk medezeggenschapssysteem kent, heeft het besluit van de BOG tot gevolg dat een medezeggenschapsvrije vennootschap ontstaat. In de Belgische literatuur is gesteld dat deze uitkomst indruist tegen de geest van de Tiende Richtlijn en om die reden niet mag worden toegepast.²³¹ Deze redenering is niet juist. De Tiende Richtlijn gaat weliswaar uit van een behoud van medezeggenschap, maar niet tegen wil en dank. In het licht van de contractsvrijheid heeft de BOG de mogelijkheid met een dubbele gekwalificeerde meerderheid in te stemmen met een inperking van medezeggenschap, ook wanneer het besluit leidt tot een medezeggenschapsvrije vennootschap. Dat kan bij overeenkomst, maar ook door als BOG te besluiten de onderhandelingen niet aan te gaan of af te breken.

5.6.8 De wettelijke referentievoorschriften

De toepassing van de referentievoorschriften is uitgewerkt in hoofdstuk VI, meer specifiek de artt. 24 tot en met 31 cao nr. 94.

Toepassingsbereik referentievoorschriften

De referentievoorschriften kunnen op drie wijzen van toepassing zijn op de uit de fusie ontstane vennootschap: (i) bij overeenkomst, (ii) na afloop van de onderhandelings-termijn indien de deelnemende vennootschappen hiermee instemmen en de BOG niet heeft besloten de onderhandelingen af te breken dan wel niet aan te gaan en (iii) bij besluit van de deelnemende vennootschappen voorafgaand aan de onderhandelingen. Als algemene voorwaarde geldt dat ten minste 33,3 % van de werknemers voorafgaand aan de fusie enige vorm van medezeggenschap kende of – indien het percentage

²³¹ Geerabaert & Goyens (2010), p. 479.

niet wordt gehaald – de BOG tot toepassing van de referentievoorschriften besluit.²³² Deze voorwaarde ligt in art. 24 § 2 cao nr. 94 besloten en is van toepassing op alle drie de hiervoor genoemde hypothesen. Wanneer de deelnemende vennootschappen direct tot toepassing van de referentievoorschriften besluiten, moet dus alsnog een BOG worden opgericht indien minder dan 33,3 % van de werknemers voorafgaand aan de fusie recht had op medezeggenschap. De SE-Richtlijn verplicht hier niet toe. Ik waag te betwijfelen of de Nationale Arbeidsraad zich van deze consequentie bewust was. Cao nr. 94 kent voor deze situatie namelijk geen verplichting om tot oprichting van een BOG over te gaan, terwijl een dergelijke plicht wel is opgenomen indien binnen de deelnemende vennootschappen meerdere vormen van medezeggenschap bestaan (zie hierna).

Mate en vorm van medezeggenschap

Indien binnen de deelnemende vennootschappen verschillende vormen van medezeggenschap bestaan, heeft de BOG een keuzerecht (art. 25 cao nr. 94). Net als bij de overschrijding van het percentage van 33,3 % moet alsnog een BOG worden opgericht indien de deelnemende vennootschappen direct tot toepassing van de referentievoorschriften hebben besloten. Verschil is dat de cao hiertoe thans wel een verplichting kent in art. 24 § 1 (3). De BOG maakt zijn keuze met inachtneming van de voorwaarden inzake meerderheid zoals die zijn neergelegd in art. 20 cao nr. 94. De verwijzing naar het gehele artikel 20 doet vermoeden dat het kan voorkomen dat het besluit met een dubbele gekwalificeerde meerderheid moet worden genomen. Dat is niet juist. De Tiende Richtlijn maakt geen onderscheid tussen de verschillende vormen van medezeggenschap, zodat bij het maken van een keuze tussen de verschillende vormen nooit sprake kan zijn van een inperking van medezeggenschap. De cao nr. 94 regelt niet wat geldt indien de BOG verzuimt een keuze te maken. Een redelijke uitleg brengt mee dat de keuze na een bepaalde termijn aan de besturen van de deelnemende vennootschappen toekomt.

De vorm moet worden onderscheiden van de mate van medezeggenschap. Het vaststellen van het aantal medezeggenschapsrechten (de mate) geschiedt aan de hand van art. 26 cao nr. 94. Dit artikel belichaamt de ‘hoogste aantal-doctrine’. Het aantal medezeggenschapsrechten in de uit de fusie ontstane vennootschap is gelijk aan het hoogste aantal dat voor de fusie in de deelnemende vennootschappen van toepassing was. Ten overvloede bepaalt art. 27 cao nr. 94 dat het aantal medezeggenschapsrechten gelijk is aan nul indien voorafgaand aan de fusie geen van de deelnemende vennootschappen aan enig medezeggenschapsysteem onderworpen was. Deze bepaling is van geen waarde. Indien voorafgaand aan de fusie geen medezeggenschap bestond, komt men aan het alternatieve regime (en dus aan de referentievoorschriften) niet toe.

²³² Besluit de BOG niet tot toepassing van de referentievoorschriften, dan ontstaat een medezeggenschapsvrije vennootschap.

Verdeling en uitoefening van medezeggenschap

Het aantal personen ten aanzien van wier benoeming na de fusie medezeggenschap geldt, wordt in cao nr. 94 uitgedrukt in zetels. De verdeling van de zetels over de werknemers in de verschillende lidstaten is in handen van de BOG. De hoofdregel van art. 28 § 2 cao nr. 94 bepaalt dat de verdeling geschiedt naar verhouding van het aantal werknemers dat in elke lidstaat in dienst is van de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap, haar dochterondernemingen en vestigingen. Tot zover is de regeling goed te volgen. Het wordt ingewikkeld op het moment dat de hoofdregel niet aan alle betrokken lidstaten een zetel toekent. De §§ 3 en 4 bepalen in complexe formuleringen hoe de verdeling in dat geval vorm krijgt. Het komt er kort gezegd op neer dat indien de hoofdregel meebrengt dat België geen zetel heeft, alsnog aan België een zetel toekomt.²³³ Heeft België al een zetel, dan wordt de zetel aan de lidstaat zonder zetel met het grootste aantal werknemers toegekend. Aangezien het niet mogelijk is dat extra zetels ontstaan, moet van een andere lidstaat een zetel worden ontnomen. Hoe de verdeling in dat geval plaatsvindt, regelt § 4. Begrijp ik het goed, dan heeft de BOG de keuze tussen drie alternatieve verdelingswijzen. Deze luiden als volgt:

1. De zetel die opnieuw wordt toegewezen, is een van de zetels die aanvankelijk waren toegewezen aan de lidstaat met de meeste zetels.
2. Alle zetels, op een na, dienen naar verhouding verdeeld te worden. De aldus gereserveerde zetel wordt opnieuw toegewezen.
3. Het reglement van orde van het vertegenwoordigingsorgaan legt de te volgen regels vast om te bepalen welke zetel opnieuw moet worden toegewezen.

De eerste optie houdt in dat van de lidstaat die meerdere zetels heeft toegewezen gekregen, een zetel wordt afgepakt die aan België ofwel een andere lidstaat zonder zetel wordt toegekend. Het belang om zo veel mogelijk werknemers uit verschillende lidstaten bij de medezeggenschap te betrekken, wint het hier van het principe dat de zetel toekomt aan de lidstaat met het verhoudingsgewijs hoogste aantal werknemers. Dit valt te billijken. Een dergelijke correctie is in Nederland en Duitsland niet vereist. In beide landen is de diversiteit van lidstaten reeds in de hoofdregel vervat in die zin dat de zetels worden verdeeld in afnemende volgorde van het aantal werknemers dat in een betreffende lidstaat werkzaam is. Dan de tweede optie. Deze optie houdt in dat alle zetels – minus 1 – opnieuw naar evenredigheid worden verdeeld en dat de achtergehouden zetel wordt toegekend aan België of een andere lidstaat die geen zetel ingevolge de hoofdregel kreeg. Deze tweede optie kan ertoe leiden dat een lidstaat met minder werknemers een zetel

²³³ De regeling spreekt over de lidstaat waar de uit de fusie ontstane vennootschap zich vestigt. Dit moet België zijn omdat de regeling slechts van toepassing is indien België de vestigingsplaats betreft.

krijgt toegekend ten nadele van een lidstaat die meer werknemers heeft. Het volgende voorbeeld illustreert dit:

Bij de fusie zijn drie deelnemende vennootschappen betrokken: een Nederlandse BV met 2.000 werknemers, een Belgische BVBA met 2.800 werknemers en een Duitse GmbH met 500 werknemers. De uit de fusie ontstane vennootschap heeft het voornemen zich te vestigen in België. Ingevolge de 'hoogste aantal-doctrine' hebben de werknemers van de uit de fusie ontstane vennootschap een recht tot benoeming ten aanzien van twee leden van het bestuursorgaan. De hoofdregel van § 2 kent de twee aanbevelingsrechten toe aan Nederland en België. Aan Duitsland wordt geen zetel toegekend. De regeling van § 3 verplicht de BOG alsnog een zetel aan Duitsland toe te kennen. Indien de BOG vervolgens aan de hand van optie twee tot een hernieuwde verdeling van de zetels komt, ontvangen België en Duitsland een zetel. Nederland krijgt dan geen zetel, terwijl Nederland in vergelijking met Duitsland 1.500 werknemers meer in dienst heeft. Deze uitkomst is met de Tiende Richtlijn in strijd.

De derde en laatste optie houdt in dat de BOG een eigen verdelingswijze vaststelt in het reglement van orde. Dat lijkt te betekenen dat de BOG iedere verdeling kan overeenkomen die hem goeddunkt. De SE-Richtlijn biedt hiervoor geen juridische basis. Nu alleen de eerste optie met de Tiende Richtlijn in lijn is, is de BOG bij de verdeling gehouden bij deze optie aan te sluiten.

Nadat de BOG de medezeggenschapsrechten over de lidstaten heeft verdeeld, moeten de werknemersvertegenwoordigers worden aangewezen. Het aan België toegekende medezeggenschapsrecht wordt uitgeoefend overeenkomstig de wijze waarop de Belgische BOG-leden worden gekozen. Op grond van art. 29 cao nr. 94 kan bij de uitoefening alleen een werknemer als werknemersvertegenwoordiger worden benoemd of aanbevolen. De cao geeft terecht niet aan hoe de andere lidstaten hun werknemersvertegenwoordigers aanwijzen. De wijze van aanwijzing is aan de lidstaten zelf overgelaten. In dat licht is art. 31 cao nr. 94 lastig te duiden. Dit artikel spreekt over *'elk lid dat door het toezichthoudend of het bestuursorgaan van de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap dat door het vertegenwoordigingsorgaan is gekozen, benoemd of aanbevolen (...)'*. De tekst gaat er vanuit dat de uitoefening van de medezeggenschapsrechten door het vertegenwoordigingsorgaan geschiedt. Hiermee is – gelet op art. 16 cao nr. 94 – de BOG bedoeld. Betekent dit dat alle medezeggenschapsrechten door de BOG worden uitgeoefend? Dat lijkt mij niet. Met het vertegenwoordigingsorgaan is mijns inziens bedoeld op het nationale vertegenwoordigingsorgaan dat tot uitoefening van het medezeggenschapsrecht bevoegd is. Indien het daadwerkelijk de bedoeling was geweest de bevoegdheid tot uitoefening van de zetels aan de BOG toe te kennen, valt niet te verklaren waarom eerst een verdeling over de lidstaten plaatsvindt (alle zetels worden in die uitleg immers door de BOG uitgeoefend). Desondanks is een

aantal Belgische auteurs van mening dat de uitoefening van alle medezeggenschapsrechten door de BOG geschiedt.²³⁴

Het is opmerkelijk dat wet noch cao nr. 94 bepaalt dat de medezeggenschapsregeling bij toepassing van de referentievoorschriften op schrift moet worden gesteld. Het lijkt afdoende wanneer in de statuten of enig ander document naar de referentievoorschriften wordt verwezen. Hoewel het Europese recht niet nadrukkelijk verplicht dat de medezeggenschapsregeling op schrift wordt gesteld, moet de regeling worden ingeschreven in het openbaar register (art. 12 lid 2 SE-Verordening). Dit noopt tot een uitwerking op schrift. Deze openbaarmakingsplicht is evenwel niet geïmplementeerd in het Belgische recht. Ten behoeve van de duidelijkheid valt het aan te raden de medezeggenschapsregeling uit te schrijven. De Belgische notaris moet kunnen controleren of de regeling conform art. 16 Tiende Richtlijn is vastgesteld. Dit vereist dat hij inzicht krijgt in het resultaat.

5.6.9 Misbruik

De misbruikbepaling van art. 16 lid 7 Tiende Richtlijn is niet in het Belgische recht geïmplementeerd. De Nationale Arbeidsraad en de Centrale Raad voor het Beroep merkten in hun gezamenlijke advies op dat de vennootschap maatregelen zou moeten nemen de medezeggenschapsrechten van werknemers te beschermen door art. 16 Tiende Richtlijn overeenkomstig toe te passen bij een binnenlandse fusie binnen drie jaar.²³⁵ Het is opmerkelijk dat voor de implementatie van art. 16 lid 7 Tiende Richtlijn wordt volstaan met een (onafdwingbaar) verzoek aan de vennootschappen. Uit de notulen van een vergadering van de voorbereidende commissie – de gemengde commissie Europese Vennootschap – blijkt dat dit daadwerkelijk zo is bedoeld.²³⁶ Als gevolg hiervan staat het Belgische recht toe dat een Belgische uit de fusie ontstane vennootschap binnen drie jaar na de grensoverschrijdende fusie een interne fusie aangaat en op die wijze een eventueel medezeggenschapssysteem kan uitschakelen. Dit biedt vennootschappen een effectief middel om de medezeggenschap in te perken en het doel van art. 16 Tiende Richtlijn te omzeilen. Het verdient aanbeveling dat de Nationale Arbeidsraad alsnog tot implementatie van art. 16 lid 7 Tiende Richtlijn overgaat.

234 Geerebaert & Goyens (2010), p. 480. De auteurs geven geen nadere motivering voor hun standpunt. Ook geven zij geen notie de artt. 28 en 29 cao nr. 94 te hebben gelezen.

235 NAR & CRB (2008b), p. 20.

236 Zie de notulen van de vergadering van de Gemengde Commissie Europese Vennootschap d.d. 5 september 2007, p. 10. Dit document is niet openbaar, maar door de auteur geraadpleegd bij de Nationale Arbeidsraad te Brussel.

5.7 Conclusie

In dit hoofdstuk werd ingegaan op de implementatie van art. 16 Tiende Richtlijn in Nederland, Duitsland en België. De lidstaten hebben geworsteld met de implementatie van de complexe materie. Sommige bepalingen zijn vanuit de betreffende taalversie van de Tiende Richtlijn in het nationale recht overgenomen zonder aandacht te besteden aan de concrete invulling van de regels binnen de bestaande systematiek. Bij de bepalingen die wel zijn uitgewerkt, valt op dat de implementatie zich laat schetsen als één waarbij de lidstaten de nationale bril hebben opgehouden. De implementatie is veelal geschied vanuit de eigen tradities en ideeën waarbij weinig oog bestond voor de buitenlandse systematiek. Hoewel de techniek van een richtlijn daartoe in de regel mogelijkheden biedt, ligt dat bij de implementatie van de Tiende Richtlijn minder voor de hand. De Tiende Richtlijn heeft betrekking op een fusie waarbij vennootschappen en werknemers uit verschillende lidstaten zijn betrokken. In het verlengde daarvan bevat art. 16 Tiende Richtlijn meerdere transnationale bepalingen die behalve de rechtspositie van nationale vennootschappen en hun werknemers ook die van vennootschappen en hun werknemers uit andere lidstaten reguleren. Daar komt bij dat voor de toepassing van transnationale bepalingen vennootschappen, werknemers en medezeggenschapssystemen uit verschillende lidstaten relevant zijn. Een (te) nationale benadering kent het gevaar dat specifieke ‘exotische’ elementen uit een buitenlands rechtstelsel ten onrechte buiten beschouwing worden gelaten.

Dit laatste gevaar manifesteert zich vooral bij de invulling van het Europese medezeggenschapsbegrip. Het begrip behelst de kern van het ‘voor en na-beginsel’ en vormt – zoals bleek in hoofdstuk 3 – de rode draad in de toepassing van art. 16 Tiende Richtlijn. De wijze waarop de lidstaten art. 16 Tiende Richtlijn hebben geïmplementeerd, toont aan dat verschillend wordt gedacht over de vraag of de invloed moet resulteren in een ‘echte’ werknemersvertegenwoordiger, de vraag in hoeverre de uitkomst van het medezeggenschapsrecht juridisch afdwingbaar moet zijn en de vraag welk belang toekomt aan concernmedezeggenschap. Een verschillende kijk op het medezeggenschapsbegrip vergroot de kans dat medezeggenschapsvormen uit de ene lidstaat in de andere lidstaat niet worden erkend en de voorafgaand aan de fusie bestaande medezeggenschap niet de bescherming geniet die art. 16 Tiende Richtlijn voorstaat. Een complicerende factor is dat bij een *outbound* fusie de buitenlandse instantie controleert of de medezeggenschapsregeling correct is toegepast en deze instantie over het algemeen niet bekend is met de medezeggenschapssystematiek uit andere lidstaten.

6 TOEPASSINGSGEVOLGEN NEDERLANDSE WERKNEMERS

6.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is uiteengezet op welke wijze Nederland, Duitsland en België art. 16 Tiende Richtlijn in hun nationale recht hebben geïmplementeerd. Geen aandacht is besteed aan de mogelijke consequenties die een grensoverschrijdende fusie heeft voor de vennootschappelijke medezeggenschapsrechten van Nederlandse werknemers. Anders geformuleerd en in vraagvorm: beschermt art. 16 Tiende Richtlijn wat vanuit Nederlands perspectief moet worden beschermd? De beantwoording van deze vraag staat centraal in dit hoofdstuk. Er zijn twee relevante invalshoeken.

De eerste invalshoek heeft betrekking op de situatie voorafgaand aan de fusie (paragraaf 6.2). Vanuit het perspectief van de Nederlandse werknemer vallen de structuurbevoegdheden en het spreekrecht onder de Europese definitie van medezeggenschap. Deze medezeggenschapsrechten kunnen zich in verschillende gedaantes manifesteren. In een vennootschap kunnen meerdere organen aan medezeggenschap zijn onderworpen en is het mogelijk dat de (centrale) ondernemingsraad bij de benoeming van één lid van de raad van commissarissen of het bestuursorgaan zowel een aanbevelings- als een spreekrecht heeft. Typisch Nederlands is ook de toepassing van de structuurregeling binnen concernverband. Ons concernrecht kent met de structuurregeling een fijnmazig systeem van doortellingen en gehele of gedeeltelijke uitzonderingen. In paragraaf 6.2 wordt onderzocht hoe de kenmerken van het Nederlandse medezeggenschapsrecht zich verhouden tot de systematiek van art. 16 Tiende Richtlijn. Alleen indien de Nederlandse medezeggenschapsrechten binnen de systematiek zijn toe te passen, genieten zij de bescherming van art. 16 Tiende Richtlijn.

De tweede invalshoek ziet op de situatie na de fusie (paragraaf 6.3). De toepassing van art. 16 Tiende Richtlijn heeft tot een bepaald resultaat geleid en dat resultaat moet een plek krijgen in de bestuursstructuur van de uit de fusie ontstane vennootschap. Bedacht moet worden dat art. 16 Tiende Richtlijn slechts de medezeggenschap beschermt. De overige vennootschappelijke elementen – zoals de taken en bevoegdheden van de leden op wier benoeming de medezeggenschap betrekking heeft – worden na de fusie vormgegeven door het nationale vennootschapsrecht waaraan de uit de fusie ontstane vennootschap is onderworpen. Dit geldt ook voor de bestuursstructuur. Er doen zich geen problemen voor indien de hoofdregel van art. 16 Tiende Richtlijn in werking treedt. In dat geval geldt het medezeggenschapsrecht (mits aanwezig en aan de criteria is voldaan) zoals dat reeds

een plek heeft binnen het toepasselijke nationale vennootschapsrecht. Het is gecompliceerder wanneer het alternatieve regime de uitkomst van art. 16 Tiende Richtlijn bepaalt. Het alternatieve regime kan leiden tot een medezeggenschapssysteem waarmee het toepasselijke vennootschapsrecht onbekend is. Het medezeggenschapssysteem moet desondanks worden toegepast. Ik onderzoek in paragraaf 6.3 in hoeverre het vennootschapsrecht van Nederland, Duitsland en België aan vennootschappen mogelijkheden biedt de bescherming van Nederlandse medezeggenschapsrechten te omzeilen.

6.2 De criteria van art. 16 Tiende Richtlijn

6.2.1 Ter introductie

Art. 16 Tiende Richtlijn moet voorkomen dat vennootschappelijke medezeggenschapsrechten wegvloeien als een gevolg van een grensoverschrijdende fusie. Op basis van deze bepaling gaat men na aan welk medezeggenschapsregime de uit de fusie ontstane vennootschap onderworpen raakt. Het begrip medezeggenschap neemt binnen de systematiek van art. 16 Tiende Richtlijn een prominente plaats in. Over het algemeen wordt aangenomen dat de definitie van art. 2 (k) SE-Richtlijn van overeenkomstige toepassing is. Deze bepaling verstaat onder medezeggenschap: *‘de invloed van het orgaan dat de werknemers vertegenwoordigt en/of van de werknemersvertegenwoordigers op de gang van zaken bij een vennootschap via het recht om een aantal leden van het toezichthoudend of het bestuursorgaan van de vennootschap te kiezen of te benoemen of het recht om met betrekking tot een aantal of alle leden aanbevelingen te doen of bezwaar te maken’*. In aanvulling hierop schaaft de Tiende Richtlijn de invloed op de samenstelling van het leidinggevende orgaan onder het toepassingsbereik. Hieronder wordt in een monistische bestuursstructuur het uitvoerende bestuur (afzonderlijk directiecomité of uitvoerende bestuursleden) en in een dualistische bestuursstructuur het bestuursorgaan verstaan (vgl. hoofdstuk 3.4.4).

Art. 16 Tiende Richtlijn kent een eenvoudige benadering van het concept medezeggenschap. De systematiek gaat uit van een proportioneel aantal medezeggenschapsrechten en de vorm daarvan. Het proportionele aantal medezeggenschapsrechten wordt bepaald op basis van de ‘hoogste aantal doctrine’. De vorm van het medezeggenschapsrecht (keuze, benoeming, aanbeveling of bezwaar) doet in deze doctrine niet ter zake. Ook blijft buiten beschouwing of de invloed is gericht op de samenstelling van het leidinggevende, het toezichthoudende of het bestuursorgaan. Het gaat louter om het proportionele aantal medezeggenschapsrechten. Geven de wettelijke referentievoorwaarden inhoud aan het medezeggenschapssysteem na de fusie, dan is de vorm van de medezeggenschapsrechten bij het bestaan van meerdere vormen in de deelnemende vennootschappen ter keuze van de BOG. Bestaat voorafgaand aan de fusie slechts één vorm van medezeggenschap in de deelnemende vennootschappen, dan geldt deze vorm ook na de fusie (vgl. hoofdstuk 3.10.2).

6.2.2 Kwalificatie van het spreekrecht

De structuurbevoegdheden uit de structuurregeling en het spreekrecht vallen onder de Europese definitie van medezeggenschap (vgl. hoofdstuk 5.4.3.2). De Nederlandse wetgever heeft bij de implementatie van de Tiende Richtlijn geen rekening gehouden met het spreekrecht. Dit is niet vreemd, nu het spreekrecht eerst per 1 juli 2010 in boek 2 BW is opgenomen en art. 2:333k BW uit 2007 stamt. Wel is spijtig dat de Nederlandse wetgever bij de totstandkoming van het spreekrecht geen aandacht heeft besteed aan de status en de rol van het spreekrecht binnen de context van het Europese medezeggenschapsrecht. In wet noch parlementaire geschiedenis is hierover iets opgemerkt.

Dit is niet problematisch voor zover de Nederlandse, Duitse en Belgische implementatiebepalingen de medezeggenschapsrechten niet specifiek opsommen. Het spreekrecht kan dan eenvoudig bij de toepassing worden betrokken. Dit is alleen niet mogelijk bij de Nederlandse implementatie van de tweede uitzondering van art. 16 Tiende Richtlijn. De tweede uitzondering omvat de ‘hoogste aantal doctrine’ en treedt naar Nederlands recht in werking indien de uit de fusie ontstane vennootschap niet aan de structuurregeling is onderworpen (art. 2:333k lid 2 (b) BW). De aanbevelingsrechten van art. 2:158/268 BW zijn naar de mening van de Nederlandse wetgever aldus te beschouwen als het hoogste aantal medezeggenschapsrechten dat mogelijk is. Het spreekrecht wordt niet genoemd. Dit betekent dat de tweede uitzondering onder omstandigheden tot onderhandelingen noopt waar dat feitelijk onjuist is. Het volgende voorbeeld illustreert dit:

Een Nederlandse NV die niet aan de structuurregeling is onderworpen met 300 werknemers en een Duitse GmbH met 400 werknemers willen fuseren. De Nederlandse NV treedt op als verkrijgende vennootschap. In de Nederlandse NV heeft de ondernemingsraad een spreekrecht bij de benoeming van alle bestuurders en commissarissen. De werknemers van de Duitse GmbH hebben in de statuten het recht toegekend gekregen tot benoeming van 1/3 van de leden van de Aufsichtsrat. Naar Nederlands recht treedt de tweede uitzondering in werking. Dat terwijl het spreekrecht van toepassing is op de benoeming van alle bestuurders en commissarissen en een hoger aantal medezeggenschapsrechten niet denkbaar is.

Daarnaast – en naar mijn mening belangrijker – gaat van de wijze waarop de tweede uitzondering in Nederland is geïmplementeerd een bepaald signaal uit. Men kan op grond van de wijze van implementatie betogen dat het spreekrecht geen Europese medezeggenschap is en daarom buiten het bereik van art. 16 Tiende Richtlijn valt. Dus niet slechts bij de tweede uitzondering maar ook bij de overige bepalingen, zoals de andere uitzonderingen dan wel het alternatieve regime voor zover dat in werking treedt. Hier is een belangrijke taak weggelegd voor de instantie die toezicht houdt op de rechtmatigheid van de fusie. Bij een *inbound* fusie is dat de Nederlandse notaris (art. 2:333i lid 3 BW). De notaris dient in de voetverklaring onder de fusieakte te

verklaren dat de medezeggenschapsregeling conform art. 2:333k BW is vastgesteld. Hij zal erop moeten letten dat ook het spreekrecht – indien van toepassing – bij de vaststelling is betrokken. Dit is lastiger bij een *outbound* fusie. Dan ligt het rechtmatigheidstoezicht bij de buitenlandse controlerende instantie. Het is aannemelijk dat de buitenlandse instantie zich wat het spreekrecht betreft, baseert op de daartoe strekkende regels en opinies uit Nederland. Hoe onduidelijker deze opinies zijn, des te groter het gevaar is dat het spreekrecht door de buitenlandse controlerende instantie niet als medezeggenschap wordt beschouwd. Daar komt nog bij dat als niet aan de voorwaarden van een rechtsgeldige fusie is voldaan, vernietiging is uitgesloten nadat de (buitenlandse) controlerende instantie haar goedkeuring heeft verleend en de fusie van kracht is geworden (vgl. hoofdstuk 3.12.4).

6.2.3 Spreek- en aanbevelingsrechten ten aanzien van één orgaan

Binnen het Nederlandse medezeggenschapsrecht is het mogelijk dat de ondernemingsraad bij de benoeming van een lid van een orgaan meerdere medezeggenschapsrechten heeft. Dit doet zich voor in een structuur-NV. De ondernemingsraad van de structuur-NV heeft zowel een spreekrecht als een (versterkt) aanbevelingsrecht bij de benoeming van commissarissen dan wel niet-uitvoerende bestuurders. In dat geval is sprake van wat ik noem ‘dubbele medezeggenschapsrechten’ ten aanzien van één orgaan.

Hoe moet hiermee worden omgegaan? De systematiek van art. 16 Tiende Richtlijn maakt een onderscheid tussen het aantal medezeggenschapsrechten en de vorm van het medezeggenschapsrecht. Het aantal medezeggenschapsrechten wordt vastgesteld aan de hand van een kwantitatief criterium. Bepalend is het proportionele aantal leden waarop de medezeggenschap voorafgaand aan de fusie betrekking heeft. Aan de vorm van het medezeggenschapsrecht komt geen relevantie toe. Noch komt belang toe aan de aard en/of de bevoegdheden van het orgaan op wiens samenstelling de medezeggenschap zich richt. Deze puur kwantitatieve benadering rechtvaardigt de conclusie dat dubbele medezeggenschapsrechten geen invloed hebben op het aantal leden waarop de medezeggenschap betrekking heeft. Het aantal ondergaat immers geen wijziging indien de ondernemingsraad bij de benoeming van één en hetzelfde lid zowel een spreekrecht als een (versterkt) aanbevelingsrecht heeft. Wel stel ik vast dat het spreekrecht en het (versterkte) aanbevelingsrecht invulling geven aan de wijze waarop de medezeggenschap wordt uitgeoefend. De dubbele medezeggenschapsrechten zijn daarom te beschouwen als de *vorm* van het medezeggenschapsrecht. Is dat mogelijk?

Art. 2 (k) SE-Richtlijn noemt als medezeggenschapsvormen:

- het recht om een aantal leden van het toezichthoudend of het bestuursorgaan te kiezen of te benoemen, of
- het recht om met betrekking tot de benoeming van een aantal of alle leden van het toezichthoudend of bestuursorgaan van de vennootschap aanbevelingen te doen of bezwaar te maken.’

De tekst onderscheidt vier medezeggenschapsvormen: het kiezen, het benoemen, het doen van een aanbeveling en het maken van bezwaar. Hiermee is niet gezegd dat de medezeggenschapsvorm geen combinatie van medezeggenschapsrechten kan zijn. Ten tijde van de totstandkoming van de SE-Richtlijn kenden wij in Nederland naast het aanbevelingsrecht een bezwaarrecht (art. 2:158 BW oud). Deze rechten hingen samen en werden gezamenlijk als medezeggenschapsvorm gekwalificeerd. Ik meen dat dit op een gelijke wijze geldt voor het spreekrecht en het (versterkte) aanbevelingsrecht. Het spreekrecht en het (versterkte) aanbevelingsrecht staan los van elkaar in de wet. De wetgever beschouwt het spreekrecht echter als een aanvulling op het (versterkte) aanbevelingsrecht.¹ Bovendien worden beide rechten door hetzelfde medezeggenschapsorgaan uitgeoefend. Het feit dat de vennootschappelijke medezeggenschap tot op heden nationaal wordt ingevuld, maakt dat de Europese definitie niet te strikt moet worden uitgelegd.

6.2.4 Spreek- en aanbevelingsrechten ten aanzien van meer organen

De medezeggenschapsdefinitie van art. 2 (k) SE-Richtlijn omvat de invloed van werknemers(vertegenwoordigers) op de samenstelling van het toezichthoudende of het bestuursorgaan van de aan de fusie deelnemende vennootschap. In een monistische bestuursstructuur van de SE kan het bestuursorgaan en in een dualistische bestuursstructuur van de SE kan het toezichthoudende orgaan aan medezeggenschap zijn onderworpen. Deze benadering is verlaten bij de totstandkoming van de Tiende Richtlijn. In de Tiende Richtlijn omvat de medezeggenschapsdefinitie mede de invloed van de werknemers(vertegenwoordigers) op de samenstelling van het leidinggevende orgaan (zie hoofdstuk 3.4.4). De uitbreiding heeft tot gevolg dat de medezeggenschap op meerdere organen betrekking kan hebben. Bij een niet-structuur NV met een dualistische bestuursstructuur geldt het spreekrecht bij de benoeming van bestuursleden én de benoeming van commissarissen. Een zelfde situatie doet zich voor indien de NV aan het verzwakte regime van de structuurregeling is onderworpen. Dan geldt het spreekrecht in combinatie met het (versterkte) aanbevelingsrecht bij de benoeming van commissarissen en het spreekrecht bij de benoeming van de bestuurders.²

Problemen doen zich voor bij de toepassing van de 'hoogste aantal-doctrine'.³ Het is onduidelijk of de weging van het aantal medezeggenschapsrechten plaatsvindt per orgaan of per deelnemende vennootschap. Voor de hand ligt een weging per deelnemende vennootschap. De medezeggenschap in een vennootschap is het

¹ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 877, nr. 3, p. 14.

² Deze problematiek speelt niet indien de vennootschap aan het volledige regime van de structuurregeling is onderworpen. In die situatie worden de uitvoerende bestuurders door de niet-uitvoerende bestuurders dan wel commissarissen benoemd zodat het spreekrecht geen werking heeft.

³ De 'hoogste aantal-doctrine' speelt een rol bij de toepassing van de tweede uitzondering, de vraag of sprake is van een inperking van medezeggenschap en de uitwerking van de wettelijke referentievoorwaarden.

resultaat van een belangenafweging. De samenhang tussen de medezeggenschapsrechten staat aan een splitsing van de medezeggenschap per orgaan in de weg. Bovendien stelt de Tiende Richtlijn de medezeggenschap op de samenstelling van het leidinggevende, toezichthoudende en bestuursorgaan aan elkaar gelijk. Ook dit wijst op een beoordeling per deelnemende vennootschap. Hoe werkt deze uitleg nu concreet uit? De medezeggenschapsrechten worden per deelnemende vennootschap opgeteld ter vaststelling van het totale aantal medezeggenschapsrechten. Uitgaande van een structuur-NV met een dualistische bestuursstructuur zijn alle leden van het bestuursorgaan en alle leden van de raad van commissarissen aan enige vorm met medezeggenschap onderworpen. Het totale aantal komt dus uit op $(1+1=)$ 2. Dit aantal weegt men tegen het totale aantal dat in de overige deelnemende vennootschappen en/of de uit de fusie ontstane vennootschap bestaat. Deze benadering leidt er doorgaans toe dat de medezeggenschap ten aanzien van meerdere organen het hoogste aantal oplevert. De uitkomst zou voor de Nederlandse situatie overigens niet anders zijn bij een weging per orgaan. Het spreekrecht en het aanbevelingsrecht hebben betrekking op alle leden van het betreffende orgaan. Bij een weging per orgaan zou de Nederlandse medezeggenschap daarom twee maal als winnaar uit de bus komen.

Een ander aspect betreft de vorm van het medezeggenschapsrecht. Denk aan de structuur-NV met een verzwakt regime. Binnen de vennootschap gelden verschillende medezeggenschapsvormen: het spreekrecht in combinatie met het (versterkte) aanbevelingsrecht bij de benoeming van commissarissen en het spreekrecht bij de benoeming van bestuurders. Kan de BOG bij toepassing van de wettelijke referentievoorschriften tussen de vormen een keuze maken? Dat lijkt mij niet. In lijn met het voorgaande meen ik dat de vorm eveneens per deelnemende vennootschap wordt vastgesteld. Een keuze voor de Nederlandse vorm leidt dus tot een spreekrecht in combinatie met een (versterkt) aanbevelingsrecht bij de benoeming van commissarissen en een spreekrecht bij de benoeming van bestuurders. Deze systematiek dient in de uit de fusie ontstane vennootschap terug te keren. Hoe dit uitwerkt in het geval dat de uit de fusie ontstane vennootschap werkt met een andere bestuursstructuur, is onderwerp van paragraaf 6.3.4.2.

6.2.5 *De medezeggenschap in een monistische bestuursstructuur*

Nederlandse vennootschappen kunnen kiezen voor een monistische bestuursstructuur waarbij het bestuur uit twee soorten bestuurders bestaat: de uitvoerende en de niet-uitvoerende bestuurders.⁴ In een monistische bestuursstructuur ontbreekt een afzonderlijk toezichthoudend orgaan en spelen de componenten bestuur (leiding) en toezicht zich af binnen het bestuursorgaan. De uitvoerende bestuurders oefenen het dagelijks

4 Asser, Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* (2009), nr. 424. Indien een onderscheid tussen de bestuurders ontbreekt, is sprake van een normale (monistische) bestuursstructuur. Zie Van Olffen (2009), p. 39-40.

bestuur uit en de niet-uitvoerende bestuurders stellen de hoofdlijnen van het beleid vast en houden toezicht. In een Nederlandse monistische bestuursstructuur heeft de medezeggenschap altijd betrekking op het bestuursorgaan. De vraag rijst naar de wijze waarop het proportionele aantal medezeggenschapsrechten wordt vastgesteld bij de toepassing van de 'hoogste aantal-doctrine'.⁵ Er zijn twee mogelijkheden. Het aantal wordt vastgesteld (i) ten opzichte van alle leden van het bestuursorgaan of (ii) ten opzichte van de leden van de component (de leidinggevende dan wel toezicht-houdende component) waarop de medezeggenschap betrekking heeft. Dat beide benaderingen tot een andere uitkomst kunnen leiden, toont het volgende voorbeeld:

Een Nederlandse structuur-BV en een Duitse GmbH willen fuseren. De Nederlandse BV kent een negenkoppig bestuur waarvan drie leden als niet-uitvoerend bestuurder zijn benoemd. De ondernemingsraad heeft een (versterkt) aanbevelingsrecht bij de benoeming van de drie niet-uitvoerende bestuurders. De Duitse GmbH is onderworpen aan het MitbestG met als gevolg dat de werknemers het recht toekomt de helft van de leden van de *Aufsichtsrat* te benoemen. De eerste uitzondering treedt in werking. Partijen komen niet tot een overeenkomst, zodat het aantal medezeggenschapsrechten wordt bepaald aan de hand van de referentievoorschriften en de daarin neergelegde 'hoogste aantal-doctrine'. De 'hoogste aantal-doctrine' weegt het proportionele aantal medezeggenschapsrechten dat in de deelnemende vennootschappen bestaat. Hoe moet men nu het proportionele aantal medezeggenschapsrechten in de Nederlandse vennootschap bepalen? Indien het aanbevelingsrecht van de ondernemingsraad wordt afgezet tegen het totale aantal bestuurders, komt het proportionele aantal uit op (drie van de negen) één derde. In dat geval wint het Duitse systeem. Wordt het aanbevelingsrecht afgezet tegen de toezichthoudende component binnen de vennootschap, dan komt het proportionele aantal uit op 1 nu alle niet-uitvoerende bestuurders hieraan onderworpen zijn. In dat geval wint het Nederlandse systeem.

Welke benadering is nu de juiste? De SE-Verordening maakt geen onderscheid tussen uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders. Men zou kunnen stellen dat de medezeggenschapsdefinitie van art. 2 (k) SE-Richtlijn hierbij aansluit zodat het proportionele aantal medezeggenschapsrechten wordt vastgesteld ten opzichte van alle bestuurders in het bestuursorgaan. Deze benadering lijkt mij niet juist. Het proportionele aantal medezeggenschapsrechten in de Duitse dualistische structuur wordt dan bepaald op basis van de toezichthoudende component, terwijl in de Nederlandse monistische structuur eveneens de leidinggevende component bij de beoordeling een rol speelt. De weging geschiedt dan op basis van ongelijke grootheden. Dat geeft rechtens geen zuivere uitkomst. Dit geldt temeer nu het verschil tussen een monistische en een dualistische structuur in de praktijk vaak

⁵ Er doen zich geen problemen voor indien binnen het bestuursorgaan geen onderscheid is gemaakt tussen uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders. In dat geval worden bestuur en toezicht door alle bestuurders uitgeoefend en moet men het proportionele aantal medezeggenschapsrechten ten opzichte van het bestuur als één geheel bepalen.

minimaal is. Winter spreekt zelfs over nuanceverschillen.⁶ Ook Van Olffen meent dat er in materiële zin niet veel verschil bestaat tussen de monistische en dualistische bestuursstructuur.⁷ Wil het dualisme naar behoren functioneren, dan zullen de commissarissen zich terdege in het beleid en de strategie moeten verdiepen en daaraan met het bestuur vorm moeten geven. Anders is behoorlijk toezicht niet mogelijk. Omgekeerd bestaat in een monistische bestuursstructuur behoefte aan de toezichthoudende functie en moeten de niet-uitvoerende bestuursleden de bereidheid en mogelijkheid hebben in te grijpen indien de uitvoerende bestuursleden niet naar behoren functioneren.

Een aanvullend argument voor een beoordeling per component ontleen ik aan de uitbreiding van het Europese medezeggenschapsbegrip tot het leidinggevende orgaan van de vennootschap. De uitbreiding heeft – naar Fins voorbeeld – het oog op een monistische bestuursstructuur waarin de feitelijke leiding wordt uitgevoerd door een directiecomité dat los staat van het bestuursorgaan. Indien het directiecomité aan medezeggenschap is onderworpen, wordt het proportionele aantal bepaald ten opzichte van de directieleden. Ik zie niet in waarom de beoordeling anders zou zijn indien beide componenten zich (toevalligerwijs) manifesteren binnen hetzelfde orgaan. Ook de uitvoerende bestuurders in het bestuursorgaan kwalificeren zich als de leidinggevende component in een monistische bestuursstructuur. In mijn visie moet het proportionele aantal medezeggenschapsrechten dan ook worden vastgesteld ten opzichte van de leidinggevende dan wel toezichthoudende component in het bestuursorgaan. Dit betekent voor het hierboven genoemde voorbeeld dat de Nederlandse structuurbevoegdheden het hoogste proportionele aantal medezeggenschapsrechten opleveren.

Mijn benadering maakt het mogelijk dat in een monistische bestuursstructuur de medezeggenschap betrekking kan hebben op zowel de leidinggevende als de toezichthoudende component. Denk aan een NV waarin de ondernemingsraad een spreekrecht heeft bij de benoeming van alle uitvoerende en alle niet-uitvoerende bestuurders. Ook dan moet de medezeggenschap per component worden bepaald. In lijn met mijn opmerkingen in paragraaf 6.2.3 dient men het resultaat van de verschillende componenten bij elkaar op te tellen ter bepaling van het totale aantal medezeggenschapsrechten van de deelnemende vennootschap. Voor de hiervoor genoemde NV komt het aantal dus uit op twee (alle uitvoerende en alle niet-uitvoerende bestuursleden). Alleen zo vindt een eerlijke weging plaats ten opzichte van een vennootschap met een dualistische structuur. Had dezelfde NV een dualistische bestuursstructuur gekend, dan had de medezeggenschap immers betrekking gehad op alle leden van het bestuursorgaan en alle leden van de raad van commissarissen. Ook dan was het aantal op $(1 + 1 =) 2$ uitgekomen. Bovendien is een beoordeling per component relevant voor de wijze waarop het proportionele

6 Winter (2001), p. 195.

7 Van Olffen (2012), p. 481.

aantal medezeggenschapsrechten dient terug te keren in de uit de fusie ontstane vennootschap. Dit geldt met name indien de vennootschap een andere bestuursstructuur kent (zie hierover uitgebreid paragraaf 6.3.4.2).

6.2.6 *De medezeggenschap in concernverband*

Bij de toepassing van art. 16 Tiende Richtlijn is lastig dat Nederland voor de medezeggenschap een uitgewerkt concernrecht kent. Het Nederlandse recht kent met de structuurregeling een fijnmazig systeem van doortellingen en gehele of gedeeltelijke uitzonderingen (zie hoofdstuk 4.2.6). Bij de vrijstelling voor de internationale holding doen zich geen problemen voor. De holding is bij gebruikmaking van de vrijstelling niet aan enige vorm van medezeggenschap onderworpen en de eventueel bij de holding in dienst zijnde werknemers zijn van geen betekenis voor de medezeggenschap in een andere concernvennootschap. Complex is de uitzondering van de afhankelijke maatschappij. Twee situaties zijn te onderscheiden: (i) de relevantie van werknemers van afhankelijke maatschappijen ten opzichte van de moeder die als deelnemende vennootschap optreedt en (ii) de relevantie van de medezeggenschapsrechten van de werknemers van een afhankelijke maatschappij bij de moeder ten opzichte van de afhankelijke maatschappij die als deelnemende vennootschap optreedt. Bij het spreekrecht doen dezelfde twee situaties zich voor. Het medezeggenschapsbegrip in de Tiende Richtlijn noch de SE-Richtlijn houdt rekening met concernmedezeggenschap. Dit betekent nog niet dat het concernverband van geen betekenis is bij de toepassing van art. 16 Tiende Richtlijn.

6.2.6.1 *De moedervennootschap treedt op als de deelnemende vennootschap*

De vraag of de werknemers van een afhankelijke maatschappij van belang zijn indien de moedervennootschap bij de fusie optreedt als de deelnemende vennootschap, is op basis van de Nederlandse implementatie niet eenduidig te beantwoorden. Naar de letter van de Wet rol werknemers bij Europese rechtspersonen (WRW) tellen werknemers van dochtermaatschappijen (en in beginsel dus ook afhankelijke maatschappijen) de ene keer wel en de andere keer niet mee voor de toepassing van de verschillende bepalingen. Zo zijn de werknemers van dochtervennootschappen relevant bij de samenstelling van de BOG (art. 1:9 lid 1 WRW) en de verdeling van de medezeggenschap op basis van de referentievoorschriften (art. 1:32 lid 1 WRW). Dit is in lijn met de Tiende Richtlijn. De werknemers van dochtervennootschappen doen daarentegen niet ter zake bij de bepaling van het percentage van 25% waarboven een inperking van medezeggenschap slechts is toegestaan met een gekwalificeerde meerderheid in de BOG (art. 1:14 lid 3 (a) WRW). Doorgaans pakt deze uitleg niet dramatisch uit. Een enkele keer is dit anders. Het volgende voorbeeld verduidelijkt dit:

Een Nederlandse structuur-NV met 100 werknemers fuseert met een Belgische vennootschap met 1.500 werknemers. De Nederlandse NV heeft de structuurregeling vrijwillig van toepassing verklaard. Zij heeft twee afhankelijke maatschappijen waar in totaal 1.000 werknemers werkzaam zijn. Tijdens de onderhandelingen geven de Belgische werknemers aan geen noodzaak tot enige vorm van medezeggenschap te zien. Zij willen besluiten tot een medezeggenschapsvrije vennootschap. Dit besluit komt neer op een beperking van de medezeggenschap. Nu voor het percentage van 25% waarboven dit besluit met een gekwalificeerde meerderheid moet worden genomen, slechts de werknemers van de deelnemende vennootschappen relevant zijn, wordt het percentage (25% van 1.600 = 425) niet gehaald. Hierdoor kunnen de Belgische BOG-leden - tegen de wil van de Nederlandse werknemers in - met een volstrekte meerderheid besluiten tot een medezeggenschapsvrije vennootschap.

Een ander voorbeeld waar de werknemers van afhankelijke maatschappijen niet ter zake doen, is bij de toepassing van de eerste uitzondering (art. 2:333k lid 2 (a) WRW). Hetzelfde geldt voor het percentage van 33,3 % waarboven de referentievoorschriften inzake medezeggenschap na afloop van de onderhandelingstermijn in werking treden. Ook dan komt geen belang toe aan de werknemers van afhankelijke maatschappijen (art. 1:21 lid 2 (a) WRW).

De Nederlandse implementatie is strikt genomen in lijn met de tekst van de Tiende Richtlijn. Het is echter de vraag of de tekst wel zo strikt moet worden uitgelegd. De bepalingen in de SE-Richtlijn waarin de werknemers van dochtervennootschappen relevant zijn, hebben allemaal betrekking op de vaststelling van het medezeggenschapssysteem na de fusie (samenstelling BOG en toepassing referentievoorschriften). De Europese wetgever heeft op deze manier de werknemers binnen het gehele concern bij de vaststelling van het grensoverschrijdende medezeggenschapssysteem en de uitoefening daarvan een rol toegekend. Bij de verschillende drempelcriteria voorafgaand aan de fusie is aan de werknemers van dochtervennootschappen geen belang toegekend. De opzet doet vermoeden dat de Europese wetgever zich niet heeft gerealiseerd dat de medezeggenschap ook reeds voorafgaand aan de fusie kan worden uitgeoefend door werknemers van andere vennootschappen in het concern. Nu art. 16 Tiende Richtlijn is gericht op het behoud van de voorafgaand aan de fusie bestaande medezeggenschap, meen ik dat ook de werknemers van afhankelijke maatschappijen relevant zijn bij de vraag of de medezeggenschap voorafgaand aan de fusie aan bepaalde drempelcriteria voldoet. De grensoverschrijdende fusie kent net zo goed het gevaar dat hun medezeggenschapsrechten worden omzeild.⁸ Deze redenering geldt uiteraard alleen als aan de werknemers van de afhankelijke maatschappij medezeggenschapsrechten in de

⁸ Een voorzichtige parallel is te trekken met het arrest *Albron* van het Hof van Justitie, HvJ EU 21 oktober 2010, nr. C-242/09, *NJ* 2010/576, *JAR* 2010/298 (*Albron Catering BV/FNV Bondgenoten & John Roest*). De casus in het *Albron* arrest onderscheidt zich in die zin van de concernmedezeggenschap dat de werknemers bij de derde feitelijk werkzaam waren. Het arrest biedt evenwel een indicatie dat het Hof van Justitie oog heeft voor concernverhoudingen en daar doorheen durft te prikken wanneer via die weg Europese regels worden ontlopen.

moedervernootschap toekomen. Dat is het geval indien de werknemers worden betrokken bij de uitoefening van de structuurbevoegdheden dan wel de spreekrechten in de moedervernootschap.

Hoewel de tekst van de Nederlandse implementatiewetgeving geen rekening houdt met de werknemers van afhankelijke maatschappijen meen ik dat deze uitleg – via een richtlijnconforme interpretatie – in art. 1:14 lid 3 (a) WRW kan worden gelezen. Dit geldt ook voor art. 1:21 lid 2 (a) WRW. Uit niets blijkt dat de Nederlandse wetgever van de Tiende Richtlijn heeft willen afwijken en ook de tekst van de bepalingen staat een dergelijke richtlijnconforme uitleg toe. De Belgische implementatie staat een dergelijke richtlijnconforme interpretatie eveneens toe. De Duitse implementatie gaat zelfs reeds expliciet van deze uitleg uit (vgl. hoofdstuk 5.5.7). De uitleg betekent voor het hierboven genoemde voorbeeld dat de BOG het besluit tot inperking van de medezeggenschap slechts met een dubbele gekwalificeerde meerderheid kan nemen. De Belgische BOG-leden kunnen dus niet tegen de wil van de Nederlandse BOG-leden tot een medezeggenschapsvrije vennootschap besluiten. Een richtlijnconforme interpretatie is alleen lastig met betrekking tot de eerste uitzondering zoals die in Nederland is geïmplementeerd in art. 2:333k lid 2 (a) BW, in Duitsland in § 5 Nr. 1 en in België in art. 2 (1) cao nr. 94. De tekst van deze bepalingen vereist voor het drempelcriterium van 500 werknemers dat de werknemers werkzaam zijn bij de fuserende vennootschap. Gedoeld is op de aan de fusie deelnemende vennootschap. Daarin valt moeilijk te lezen dat ook aan werknemers van afhankelijke werknemers relevantie toekomt.

6.2.6.2 De afhankelijke maatschappij treedt op als de deelnemende vennootschap

Dan de omgekeerde situatie. Niet de moedervernootschap, maar de afhankelijke maatschappij treedt bij de fusie op als de deelnemende vennootschap. Indien de moedervernootschap een structuurvennootschap is, oefenen de werknemers van afhankelijke maatschappijen hun (versterkte) aanbevelingsrechten uit bij een andere vennootschap dan die welke deelneemt aan de fusie en waarbij zij in dienst zijn. De ondernemingsraad van de afhankelijke maatschappij dan wel de bij de moeder-vennootschap ingestelde centrale ondernemingsraad oefent het (versterkte) aanbevelingsrecht uit ten aanzien van de samenstelling van de organen van de moedervernootschap (art. 2:158/268 lid 11 BW). De vraag speelt of de medezeggenschapsrechten in de moedervernootschap als medezeggenschapsrechten van de afhankelijke maatschappij zijn te beschouwen.

Vooropgesteld moet worden dat de moedervernootschap geen onderwerp is van de Tiende Richtlijn en – ook na de fusie van haar dochter – voor de medezeggenschap onderworpen blijft aan het Nederlandse medezeggenschapsrecht. De moeder-vennootschap is dus ook na de fusie gehouden de werknemers van afhankelijke maatschappijen bij de uitoefening van de medezeggenschap te betrekken. Het maakt geen verschil of de uit de fusie ontstane vennootschap een Nederlandse dan wel buitenlandse vennootschap is. Ook een buitenlandse vennootschap kwalificeert zich als een afhankelijke maatschappij indien de moedervernootschap bij de fusie ten

minste 50% van de aandelen verkrijgt.⁹ Bij de uitoefening van de medezeggenschapsrechten op moederniveau wordt rekening gehouden met de werknemers van het Nederlandse deel van de uit de fusie ontstane buitenlandse vennootschap. De centrale ondernemingsraad die doorgaans is ingesteld op het niveau van de structuurvennootschap vertegenwoordigt ook deze werknemers. Als de uit de fusie ontstane vennootschap zich na de fusie kwalificeert als afhankelijke maatschappij behouden de Nederlandse werknemers dus hun medezeggenschapsrechten. Er bestaat daarom geen reden deze medezeggenschapsrechten te beschouwen als medezeggenschapsrechten van de aan de fusie deelnemende afhankelijke maatschappij.

Wanneer bij de fusie het alternatieve regime in werking treedt, kan het voorkomen dat op de uit de fusie ontstane afhankelijke vennootschap een grensoverschrijdend medezeggenschapssysteem van toepassing wordt. Of dit betekent dat de Nederlandse werknemers tevens hun medezeggenschapsrechten in de moeder-vennootschap behouden, blijkt niet eenduidig uit de wet maar lijkt mij wel het geval te zijn. Art. 1:6 WRW stelt art. 2:168 BW weliswaar buiten toepassing maar verwijst niet naar de bepaling inzake de afhankelijke maatschappij. Deze uitleg is in lijn met de Tiende Richtlijn. De Tiende Richtlijn heeft niet tot doel medezeggenschapsrechten ten aanzien van een niet aan de fusie deelnemende vennootschap van werknemers af te pakken en stelt slechts het nationale medezeggenschapsrecht voor de deelnemende vennootschap buiten toepassing.

De fusie kan ook tot gevolg hebben dat de Nederlandse deelnemende vennootschap na de fusie niet meer aan de criteria van een afhankelijke maatschappij voldoet (art. 2:153/263 lid 3 (a) BW). Dan komen de medezeggenschapsrechten die de werknemers voorafgaand aan de fusie in de moeder-vennootschap hadden, te vervallen. Het volgende voorbeeld maakt dit inzichtelijk:

Een Nederlandse BV (verdwijnende vennootschap) met 2.000 werknemers fuseert met een Belgische BVBA (verkrijgende vennootschap) met 1.000 werknemers. De Nederlandse BV is een afhankelijke maatschappij en van de structuurregeling vrijgesteld. Uit het fusievoorstel blijkt dat de aandeelhouder (dus de moeder-vennootschap) van de Nederlandse BV na de fusie 40% van de aandelen verkrijgt in de uit de fusie ontstane Belgische vennootschap. Indien men aanneemt dat de verdwijnende Nederlandse BV niet aan medezeggenschap is onderworpen, verliezen de Nederlandse werknemers hun medezeggenschapsrechten in de moedermaatschappij als een gevolg van de fusie. De uit de fusie ontstane Belgische vennootschap kwalificeert zich niet als een afhankelijke maatschappij, nu de voormalige moeder-vennootschap na de fusie slechts 40% van de aandelen houdt. Dit is niet anders indien de structuurbevoegdheden bij de moeder-vennootschap van de Nederlandse BV worden uitgeoefend door een op dat niveau ingestelde centrale ondernemingsraad. De uit de fusie ontstane Belgische vennootschap vormt met de Nederlandse vennootschap geen groep in de zin van art. 33 WOR zodat de ondernemingsraad van de Nederlandse werknemers na de fusie niet langer deel uitmaakt van de centrale ondernemingsraad.

⁹ Bartman & Dorresteyn (2009), p. 133.

Deze uitkomst is niet met art. 16 Tiende Richtlijn in strijd. Het is de moeder-vennootschap die aan de structuurregeling is onderworpen en de toepassing daarvan wijzigt niet als een gevolg van de fusie van de dochter. Op basis van het Nederlandse recht hebben slechts de werknemers van afhankelijke maatschappijen bij de moeder-vennootschap recht op medezeggenschap. Een vennootschap die niet langer aan de kwalificatie voldoet, valt hier niet onder. Het feit dat de uit de fusie ontstane vennootschap na de fusie in het buitenland is gevestigd, is niet de reden dat de medezeggenschapsrechten komen te vervallen. De criteria van een afhankelijke maatschappij maken geen onderscheid naar de nationaliteit van de vennootschap. Bovendien verschilt de toepassing niet van een interne fusie. Ook bij een interne fusie kan het voorkomen dat de afhankelijke maatschappij na de fusie niet meer aan de criteria van art. 2:153/263 lid 3 (a) BW voldoet. Het hierboven geschetste voorbeeld heeft daarom niets van doen met een bedreiging van medezeggenschap zoals is bedoeld in de Tiende Richtlijn. Ook in deze situatie zijn de medezeggenschapsrechten van de werknemers van een afhankelijke maatschappij in de moeder-vennootschap dus niet relevant bij de toepassing van art. 16 Tiende Richtlijn. De vestigingsvrijheid staat niet toe dat Nederland een grensoverschrijdende fusie belemmert zonder dat sprake is van een bedreiging van medezeggenschap.

Deze benadering geldt op gelijke wijze voor het spreekrecht. Art. 2:134a lid 2 BW maakt het mogelijk dat binnen concernverband aan werknemers van dochter-vennootschappen spreekrechten toekomen ten opzichte van de moeder-vennootschap. De spreekrechten in de moeder-vennootschap spelen geen rol in het geval dat de dochter-vennootschap bij de fusie als deelnemende vennootschap optreedt.

6.2.7 Invloed werknemers op de toepassing van art. 16 Tiende Richtlijn

Het fusieproces vangt aan met een gezamenlijk fusievoorstel van de besturen van de deelnemende vennootschappen. In het fusievoorstel staat informatie over de procedure voor de vaststelling van een regeling met betrekking tot de medezeggenschap voor zover deze procedure van toepassing is. De besturen moeten aangegeven of de uitzonderingen in werking treden en zo ja, of de onderhandelingsprocedure wordt opgestart dan wel direct tot toepassing van de referentievoorschriften is besloten. Het fusievoorstel wordt openbaar gemaakt door neerlegging bij het Handelsregister en ten kantore van de vennootschap (art. 2:314 BW). Ook moet het bestuur van de Nederlandse deelnemende vennootschap een verslag opstellen waarin de te verwachten gevolgen voor de werkzaamheden uiteen worden gezet met een toelichting vanuit juridisch, economisch en sociaal oogpunt (art. 2:313 lid 1 BW). Dit verslag wordt slechts ten kantore van de vennootschap neergelegd (art. 2:314 lid 2 BW). Indien de ondernemingsraad een advies indient, wordt dit advies onmiddellijk na ontvangst eveneens ten kantore van de rechtspersoon neergelegd. (art. 2:314 lid 4 BW).

Art. 2:313 lid 1 BW maakt niet duidelijk of onder de ‘te verwachten gevolgen’ de gevolgen voor de vennootschappelijke medezeggenschap vallen. Dat lijkt mij wel

het geval te zijn. Een gedegen informatievoorziening vereist dat de werknemers op de hoogte zijn van de wijze waarop de besturen invulling geven aan art. 16 Tiende Richtlijn. De informatie zal de ondernemingsraad doorgaans ook bereiken via het adviesrecht van art. 25 WOR (zie hoofdstuk 7.2.3.2 en 7.2.3.3). De toepassing van art. 16 Tiende Richtlijn maakt deel uit van het voorgenomen fusiebesluit en van de besluitvorming als zodanig. Het is bovendien in beginsel de ondernemingsraad die bepaalt welke informatie hij nodig heeft om te kunnen adviseren.¹⁰ De OK zal in een eventuele beroepsprocedure niet inhoudelijk nagaan of de regeling van art. 16 Tiende Richtlijn juist is toegepast. Dat neemt niet weg dat de motivering van het besluit tot fuseren integraal wordt getoetst. De ondernemer is verplicht aan te geven waarom toepassing aan de hoofdregel dan wel de uitzonderingen is gegeven, wat de eventuele consequenties voor een bestaand medezeggenschapssysteem zullen zijn en op welke wijze deze consequenties in de belangenafweging zijn betrokken. Als deze uitwerking onvoldoende wordt gemotiveerd, valt niet uit te sluiten dat het besluit tot fuseren om die reden kennelijk onredelijk zal zijn. Dit geldt te meer indien de ondernemingsraad in zijn advies heeft aangegeven dat de ondernemer van een onjuiste toepassing uitgaat en de ondernemer bij het nemen van zijn besluit deze bezwaren onbesproken laat. Hoewel het adviesrecht niet is toegesneden op het maken van bezwaar tegen de toepassing van art. 16 Tiende Richtlijn, kan de ondernemingsraad via deze weg druk uitoefenen op de wijze waarop de bepaling wordt toegepast in een concrete situatie.

Het bestuur kan het resultaat van het alternatieve regime nog niet in de adviesaanvraag met betrekking tot het voorgenomen fusiebesluit opnemen. Hierover moet nog worden onderhandeld, behoudens direct tot toepassing van de wettelijke referentievoorschriften is besloten. Komen de besturen met de BOG tot een overeenkomst, dan zijn de werknemers reeds bij de uitwerking betrokken. Dit geldt niet indien de wettelijke referentievoorschriften de uitkomst bepalen. De uitwerking van het resultaat van de referentievoorschriften in de statuten creëert voor de ondernemingsraad geen zelfstandig adviesrecht. De toepassing is dwingendrechtelijk voorgeschreven en het adviesrecht is niet geschreven voor een besluit met een verplicht karakter. Wel kan de ondernemingsraad aan zijn advies met betrekking tot het fusiebesluit de voorwaarde verbinden dat hij wordt ingelicht over de wijze waarop aan de referentievoorschriften invulling wordt gegeven. Op het moment dat de ondernemingsraad vermoedt dat het bestuur een onjuiste toepassing aan de referentievoorschriften geeft, kan hij in kort geding naleving van de wet vorderen. Het feit dat de uitwerking in de statuten niet correspondeert met de wettelijke referentievoorschriften levert op grond van art. 6:162 BW een onrechtmatige daad op.

Aan de ondernemingsraad komt geen verzetsrecht toe. Alleen schuldeisers kunnen tot een maand nadat alle vennootschappen de neerlegging van het voorstel tot fusie hebben aangekondigd tegen het voorstel in verzet komen. Dit recht komt

10 Zie o.a. Hof Amsterdam (OK) 23 maart 2000, *JAR* 2000/81, *JOR* 2000/123 (*Verenigde Tankrederij*); Hof Amsterdam (OK) 16 maart 2000, *JAR* 2000/80, *JOR* 2000/122 (*Philips Lighting*).

toe aan een werknemer met vorderingen op zijn werkgever. Verzet is slechts mogelijk op de grond dat de vennootschap geen zekerheid wil stellen voor de vordering die de schuldeiser (lees: de werknemer) heeft en hem geen andere waarborg wordt gegeven (art. 2:316 BW). Het is niet mogelijk via deze weg de toepassing van art. 16 Tiende Richtlijn ter discussie te stellen. Deze uitkomst is niet met de Tiende Richtlijn in strijd. Art. 11 Tiende Richtlijn legt het toezicht op de rechtmatigheid van de fusie neer bij een onafhankelijke instantie in de lidstaat waar de uit de fusie ontstane vennootschap zich vestigt. Indien de uit de fusie ontstane vennootschap zich in Nederland vestigt (*inbound* fusie), ligt het toezicht in handen van de notaris. Tot de informatie die de notaris aanvullend moet verifiëren, behoort onder andere de toepassing van de medezeggenschapsregeling. De notaris moet aan de voet van de fusieakte verklaren dat de regeling overeenkomstig art. 2:333k BW is vastgesteld.¹¹ De Tiende Richtlijn kent op dit punt geen rol toe aan de werknemers (vertegenwoordigers).

6.3 De uitkomst van art. 16 Tiende Richtlijn¹²

6.3.1 Ter introductie

De uit de fusie ontstane vennootschap is onderworpen aan het vennootschapsrecht van de lidstaat waar zij haar statutaire zetel vestigt. Binnen de kaders van dit recht moet de vennootschap toepassing geven aan het resultaat van art. 16 Tiende Richtlijn. Dit resultaat behelst het proportionele aantal medezeggenschapsrechten alsmede de vorm en de uitoefening daarvan. De Tiende Richtlijn onderscheidt vier medezeggenschapsvormen: het recht tot keuze, het recht tot benoeming, het doen van een aanbeveling en het maken van bezwaar. De vorm omvat eveneens de omstandigheden waaronder het tot benoeming bevoegde orgaan gehouden is gehoor te geven aan de door de werknemers aanbevolen kandidaat, dan wel het gemaakte bezwaar (de juridische afdwingbaarheid van de uitkomst van het medezeggenschapsrecht). De overige vennootschappelijke elementen – zoals de bestuursstructuur, de taken en bevoegdheden van de organen – vallen niet binnen het bereik van art. 16 Tiende Richtlijn en worden na de fusie bepaald door het toepasselijke vennootschapsrecht.

Er doet zich geen probleem voor indien de hoofdregel van art. 16 Tiende Richtlijn in werking treedt. In dat geval geldt het nationale medezeggenschapsrecht zoals dat reeds een plek heeft binnen de benoemingssystematiek van het toepasse-

11 Weigert de notaris de voetverklaring af te geven, dan kan de Nederlandse deelnemende vennootschap in kort geding vorderen dat de notaris zijn medewerking verleent. In deze procedure komt aan de orde of de notaris een juiste toepassing geeft aan het implementatierecht van de Tiende Richtlijn.

12 Voor een puur nationale benadering van deze problematiek met betrekking tot het Nederlandse vennootschapsrecht verwijst ik naar Laagland (2012).

lijke nationale vennootschapsrecht. Bij de toepassing van het alternatieve regime kan een spanningsveld ontstaan. Bij overeenkomst zullen partijen doorgaans rekening houden met het vennootschapsrecht waaraan de uit de fusie ontstane vennootschap onderworpen raakt. Die mogelijkheid is er niet indien geen overeenkomst tot stand komt en het medezeggenschapssysteem het resultaat is van de wettelijke referentievoorschriften. De referentievoorschriften bepalen dwingendrechtelijk dat het hoogste aantal medezeggenschapsrechten dat voorafgaand aan de fusie bestond op de uit de fusie ontstane vennootschap van toepassing wordt ('hoogste aantal-doctrine'). Ook de vorm van medezeggenschap is dwingendrechtelijk bepaald, althans bij meerdere vormen ter keuze van de BOG.

6.3.2 Een buitenlands medezeggenschapssysteem

De wettelijke referentievoorschriften kunnen leiden tot een 'vreemd' medezeggenschapssysteem.¹³ Hiermee doel ik op een van het toepasselijke nationale recht afwijkende medezeggenschapsregeling. Dit kan tot complicaties leiden. Allereerst de situatie dat de uit de fusie ontstane vennootschap zich in Nederland vestigt. Het is denkbaar dat het Duitse medezeggenschapssysteem uit het MitbestG via de referentievoorschriften op de uit de fusie ontstane Nederlandse vennootschap van toepassing wordt. Uitgaande van een dualistische bestuursstructuur in een niet-structuurvennootschap betekent dit dat de helft van de commissarissen na de fusie wordt benoemd door de werknemers(vertegenwoordigers). De artt. 2:142/252 jo. 2:143/253 BW bepalen evenwel dat de algemene vergadering de commissarissen benoemt (eventueel op voordracht). De statuten kunnen in afwijking bepalen dat één of meer commissarissen, doch ten hoogste een derde van het gehele aantal, door anderen wordt benoemd. Een nadere afwijking is op grond van art. 2:25 BW slechts toegestaan voor zover dat uit de wet blijkt.

De Minister van Justitie beschouwt art. 2:333k BW als voldoende legitimatie voor een afwijking van de dwingendrechtelijke benoemingsregeling. De Minister stelt dat '*art. 2:333k BW kan worden beschouwd als de grondslag voor dergelijke afwijkende bepalingen. Omdat onze wet geen rekening houdt met het bestaan van zo'n andersluidende regeling zijn praktische problemen niet helemaal uit te sluiten, noch te voorkomen. (...) het voorgestelde lid 5 ondervangt wrijving zoveel mogelijk door te bepalen dat de medezeggenschap in de statuten wordt vastgelegd*'.¹⁴ Dit lijkt mij juist. Art. 2:25 BW staat afwijking toe 'voor zover dat uit de wet blijkt'. Art. 2:333k BW biedt deze mogelijkheid tot afwijking. Dat neemt niet weg dat deze oplossing geen schoonheidsprijs verdient. Art. 2:333k BW houdt namelijk zelf geen

13 Ook in een overeenkomst kunnen partijen komen tot een van het nationale vennootschapsrecht afwijkende medezeggenschapsregeling. In dat geval regelen de partijen de uitwerking van het medezeggenschapssysteem in de overeenkomst en zullen zij de door mij signaleerde complicaties doorgaans in de overeenkomst ondervangen.

14 *Kamerstukken II 2006/07, 30 929, nr. 7, p. 20-21.*

afwijking van de benoemingsregeling in, maar bevat een regeling die kan leiden tot afwijkingen van zeer verschillende aard. Dit klemmt te meer bij de benoeming van een bestuurder op grond van de volledige structuurregeling. De wet kent de benoeming van (uitvoerende) bestuurders in dat geval toe aan de raad van commissarissen dan wel niet-uitvoerende bestuurders waarbij expliciet is vermeld dat deze bevoegdheid niet door enige bindende voordracht kan worden beperkt (art. 2:162/272 BW).¹⁵

De problematiek doet zich niet alleen in Nederland voor. Ook indien de uit de fusie ontstane vennootschap zich in Duitsland vestigt, kan de vennootschap verplicht zijn een buitenlands grensoverschrijdend medezeggenschapssysteem toe te passen. Hoewel het Duitse recht in § 101 Abs. 1 AktG toestaat dat in de *Aufsichtsrat* werknemersleden worden benoemd, houdt de tekst geen rekening met de mogelijkheid dat aan de werknemers(vertegenwoordigers) aanbevelings- of bezwaarrechten toekomen. Hetzelfde geldt indien de referentievoorschriften de medezeggenschap op het leidinggevend orgaan van de Duitse vennootschap van toepassing verklaren. Ook nu moet een buitenlands medezeggenschapssysteem via een omweg worden gelegitimeerd en wel via § 23 Abs. 5 AktG. Deze paragraaf staat een afwijking bij statuten toe voor zover de wet dat uitdrukkelijk toestaat. Deze paragraaf vervult in het Duitse recht dezelfde functie als art. 2:25 BW in ons Nederlandse recht.

In het Belgische recht is het probleem groter. Saelens en De Schutter wijzen er terecht op dat het Belgische vennootschapsrecht geen ruimte biedt voor een medezeggenschapssysteem dat uitgaat van de directe benoeming van bestuurders en zaakvoerders door werknemers(vertegenwoordigers).¹⁶ Bestuurders van een NV en zaakvoerders van een BVBA worden dwingendrechtelijk benoemd door de algemene vergadering respectievelijk de vennoten die in beginsel besluit(en) bij gewone meerderheid van uitgebrachte stemmen. Dit volgt uit art. 518 respectievelijk art. 256 W.Venn.¹⁷ De benoemingsbevoegdheid kan op straffe van nietigheid niet

15 De uit de fusie ontstane vennootschap kan onderworpen zijn aan de structuurregeling voor zover aan de criteria van art. 2:153/263 lid 2 BW is voldaan. Dat in de vennootschap een grensoverschrijdend medezeggenschapssysteem geldt, maakt dat niet anders. Art. 16 lid 2 Tiende Richtlijn stelt bij de toepassing van het alternatieve regime het nationale medezeggenschapsrecht buiten toepassing. Slechts aan de (algemene) aanbevelingsrechten en de spreekrechten komt geen werking toe. De taken en bevoedheden van de leden ten aanzien van wier benoeming medezeggenschap geldt, worden bepaald door het nationale vennootschapsrecht en dus ook door de structuurregeling mits van toepassing. Zie nader hoofdstuk 4.2.3.1.

16 Saelens & De Schutter (2008), p. 220. In gelijke zin Geerebaert & Goyens (2010), p. 480.

17 In de NV bestaat één uitzondering op deze principiële en exclusieve benoemingsbevoegdheid. Bij het tussentijds wegvallen van een bestuurder kunnen de overblijvende bestuurders een nieuwe bestuurder aanwijzen (coöptatie), mits de statuten niet anders bepalen. De benoeming geldt tot de eerstvolgende vergadering, alwaar de algemene vergadering over de definitieve benoeming beslist. Het is niet mogelijk de benoeming bij coöptatie statutair uit te breiden tot andere situaties dan het tussentijds wegvallen van een bestuurder.

worden gedelegeerd aan derden (art. 64 (3) W.Venn.). De wet stelt niet verplicht dat het tot benoeming bevoegde orgaan een onbeperkt keuzerecht heeft. Dit maakt het mogelijk om door middel van statutaire clausules te voorzien in een bindende voordracht, een recht tot aanbeveling of een recht tot bezwaar van de werknemers (vertegenwoordigers). Deze clausules kunnen er evenwel niet toe leiden dat aan de algemene vergadering een effectief stemrecht wordt onthouden. De algemene vergadering moet steeds een redelijke keuzevrijheid behouden. Een bindende voordracht of een recht tot aanbeveling moet daarom altijd minimaal twee volwaardige kandidaten behelzen. Indien in een NV een dagelijks bestuur of directiecomité is ingesteld, geeft de wet meer vrijheid ten aanzien van de wijze van benoeming. De voorwaarden voor de benoeming van de leden van het dagelijks bestuur of het directiecomité zijn materies die statutair kunnen worden geregeld.¹⁸ Hoewel men er vanuit gaat dat de statuten de algemene vergadering of de raad van bestuur aanwijzen als het tot benoeming bevoegde orgaan, belet de tekst van de wet niet dat het recht tot benoeming, aanbeveling of bezwaar aan werknemers(vertegenwoordigers) toekomt.

6.3.3 Een medezeggenschapssysteem dat in geen enkele lidstaat bestaat

De Tiende Richtlijn maakt bij toepassing van de referentievoorschriften een onderscheid naar (i) het aantal medezeggenschapsrechten en (ii) de vorm daarvan. Het aantal medezeggenschapsrechten wordt vastgesteld aan de hand van de ‘hoogste aantal-doctrine’ zoals neergelegd in bijlage 3 van de SE-Richtlijn. Met betrekking tot de vorm van het medezeggenschapsrecht bepaalt art. 7 lid 2 (laatste alinea): ‘Indien er in de diverse deelnemende vennootschappen meer dan één vorm van medezeggenschap bestond, besluit de bijzondere onderhandelingsgroep welke van die vormen in de SE (hier de uit de fusie ontstane vennootschap: FL)) moet worden ingevoerd’. Aan de BOG komt bij meerdere vormen dus een keuzerecht toe. De verklaring is gelegen in het feit dat de Europese wetgever tussen de verschillende medezeggenschapsvormen (keuze, benoeming, aanbeveling en bezwaar) geen rangorde heeft aangebracht. De lidstaten konden het niet eens worden over een *ranking* van de nationale medezeggenschapsvormen. Deze benadering kan leiden tot een grensoverschrijdend medezeggenschapssysteem waarmee geen enkele lidstaat bekend is. Het volgende voorbeeld illustreert dit:

¹⁸ Indien de statuten zwijgen, ligt de bevoegdheid tot benoeming bij de raad van bestuur.

Een Nederlandse structuur-BV en een Duitse GmbH willen fuseren. De werknemers van de Nederlandse structuur-BV hebben in de vennootschap een (versterkt) aanbevelingsrecht bij de benoeming van alle commissarissen. De Duitse GmbH is onderworpen aan het DrittelbG als gevolg waarvan de werknemers een derde van de leden van de Aufsichtsrat benoemen. De referentievoorschriften zijn van toepassing. De 'hoogste aantal-doctrine' wijst het Nederlandse aanbevelingsrecht aan als 'hoogste aantal'. De BOG kiest als vorm het benoemingsrecht. De werknemers verkrijgen hierdoor een benoemingsrecht ten opzichte van alle commissarissen. Een nog verdergaande uitkomst treedt op indien de Nederlandse deelnemende vennootschap een NV betreft. In de NV komt aan de werknemers een spreekrecht toe bij de benoeming van alle bestuurders en commissarissen. In een dergelijke situatie heeft de keuze van de BOG tot gevolg dat de werknemers na de fusie een recht tot benoeming hebben met betrekking tot zowel de bestuurders als de commissarissen.

De Europese wetgever heeft een dergelijke uitkomst uiteraard niet beoogd. Dit blijkt ook uit de medezeggenschapsdefinitie van art. 2 (k) SE-Richtlijn. Terwijl de aanbevelings- en bezwaarrechten betrekking kunnen hebben op alle leden van het orgaan, zijn de keuze- en benoemingsrechten beperkt tot een aantal daarvan. De referentievoorschriften vervullen bovendien een vangnetfunctie. Met deze doelstelling verdraagt zich niet dat de wet dwingendrechtelijk een medezeggenschapsstelsel creëert dat verder gaat dan wat in één van de lidstaten geldt.

Hoe moet men hiermee omgaan? Het eigendomsrecht biedt de oplossing. Het recht tot benoeming van bestuurders en commissarissen (hetgeen geschiedt op vennootschapsniveau) vloeit voort uit het aandeelhouderschap in de vennootschap en valt onder het eigendomsrecht van de aandeelhouders.¹⁹ Op Unieniveau is het eigendomsrecht neergelegd in art. 17 eerste lid Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (EU-Handvest). Het EU-Handvest maakt sinds 1 december 2009 onderdeel uit van het primaire Unierecht (art. 6 lid 1 VEU). Daarnaast vindt men het eigendomsrecht in art. 1 Eerste Protocol bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EP).²⁰ Het toezicht dat het EHRM houdt op de EVRM-conformiteit van EU-recht is uiterst beperkt.²¹ Dat neemt niet weg dat de rechtspraak van het EHRM als toetsingskader kan gelden. De toelichting bij het EU-Handvest vermeldt dat art. 17 is gebaseerd op art. 1 EP en dat – ondanks de moderne tekst – is beoogd de waarborgen van art. 1 EP en de daarop gebaseerde jurisprudentie over te nemen.²²

Het EHRM staat een inperking op het eigendomsrecht toe indien zij is (i) voorzien bij wet, (ii) een gerechtvaardigd algemeen belang dient en (iii) proportioneel is. Een

¹⁹ Het eigendomsrecht onderscheidt zich in het eigendom in formele zin (toebehoren aan) en een eigendom in materiële zin (de uit dit toebehoren voortvloeiende bevoegdheden). Beide aspecten maken deel uit van het eigendomsrecht. Vgl. Asser/Hartkamp 3-I* (2011), nr. 211.

²⁰ Het EP maakt integraal onderdeel uit van het EVRM.

²¹ Zie over de verhouding tussen het EHRM en het HVJ EU uitgebreid Gerards & Glas (2012).

²² Toelichting bij het EU-Handvest van de Grondrechten, 2007, C-3030/02. Deze benadering zal slechts worden versterkt nadat de Europese Unie tot het EVRM is toegetreden.

grensoverschrijdend medezeggenschapssysteem vindt zijn grondslag in art. 2:333k BW. Juridisch gezien behelst art. 2:333k BW een regeling die *kan* leiden tot medezeggenschapssystemen van verscheidende aard. Toch kan worden aangenomen dat hiermee is voldaan aan het vereiste dat de inperking is voorzien bij wet. Ook aan het tweede vereiste is voldaan. Hoewel binnen de lidstaten geen consensus bestaat over de noodzaak van vennootschappelijke medezeggenschap als zodanig is de bescherming van bestaande medezeggenschapsrechten een grondbeginsel bij het aangaan van een grensoverschrijdende fusie. Dan het derde criterium. Dit criterium vereist een *fair balance* tussen het algemeen belang dat aan de inperking ten grondslag ligt en de bescherming van de eigenaar (in dit geval de aandeelhouders). Doorgaans kent het EHRM de verdragstaten een ruime *margin of appreciation* toe bij de vraag of sprake is van een *fair balance*. Deze ruimte neemt toe naarmate onder de verdragstaten over een bepaald onderwerp geen consensus bestaat. Dit is het geval bij medezeggenschap.²³ De lidstaten hebben met de totstandkoming van art. 16 Tiende Richtlijn echter impliciet te kennen gegeven de nationale medezeggenschapsstelsels van andere lidstaten te respecteren. De bestaande nationale medezeggenschapssystemen zullen derhalve de toets doorstaan, ook indien zij worden getransporteerd naar een ander rechtsstelsel. Dit is anders indien het een medezeggenschapssysteem betreft waarmee geen enkele lidstaat bekend is en het beheer van de vennootschap feitelijk in handen van de werknemers komt.²⁴ Die uitkomst doet geen recht aan het fundamentele gegeven dat de vennootschap risicodragend wordt gefinancierd door de aandeelhouders. Onder dergelijke omstandigheden meen ik dat de *fair balance* in het voordeel van het eigendomsrecht uitpakt.

Wat is nu het gevolg voor het bovengenoemde voorbeeld? Implementatiewetgeving kan niet direct aan art. 17 lid 1 EU-Handvest worden getoetst in een civielrechtelijke procedure.²⁵ De techniek uit de zaken *Mangold* en *Küçükdeveci* biedt ook geen oplossing.²⁶ Het ging in beide zaken om situaties waarin een beginsel van Unierecht uitdrukking had gevonden in een richtlijn en via die band (indirect) doorwerking kreeg. Het eigendomsrecht ligt niet aan de Tiende Richtlijn ten grondslag. Het is voorts de Tiende Richtlijn zelf die het probleem creëert. Naar de huidige stand van het recht kan in mijn visie hoogstens worden gesteld dat de nationale rechter het implementatierecht in lijn met het EU-Handvest dient uit te leggen. Een oplossing

23 Hoe tegen medezeggenschap als concept wordt aangekeken, hangt sterk af van de vraag of binnen een verdragsstaat het shareholders- of stakeholdersmodel leidend is en hoe wordt gedacht over het principe van *corporate governance*.

24 Dit geldt niet bij een algemeen aanbevelingsrecht of een spreekrecht. De algemene vergadering kan in dat geval de visie van de werknemers(vertegenwoordigers) eenvoudig naast zich neer leggen zodat niet kan worden gesteld dat deze medezeggenschapsrechten het benoemingsrecht van de algemene vergadering inperken.

25 Zie art. 51 EU-Handvest.

26 HvJ EG 22 november 2005, nr. C-144/04, *NJ* 2006/227, *JAR* 2005/289 (*Mangold*) en HvJ EU 19 januari 2010, nr. C-555/07, *NJ* 2010/256, *JAR* 2010/53 (*Küçükdeveci*).

die recht doet aan de proportionaliteitstoets en de privaatrechtelijke rechtsverhouding waarbinnen het geschil zich voordoet, houdt in mijn ogen in dat aan de BOG het keuzerecht tussen de verschillende vormen wordt onthouden en dat wordt aangesloten bij de oorspronkelijke vorm die aan het 'hoogste aantal' verbonden was. Dit betekent voor het bovengenoemde voorbeeld dat in de uit de fusie ontstane vennootschap niet het Duitse directe benoemingsrecht maar het Nederlandse (algemene) aanbevelingsrecht ofwel het spreekrecht van toepassing wordt. Deze uitkomst blijft in lijn met de beschermingsgedachte van de Tiende Richtlijn.

6.3.4 Bestuursstructuur van de uit de fusie ontstane vennootschap

6.3.4.1 De inrichting van de bestuursstructuur

Aan de wettelijke referentievoorschriften ligt de 'hoogste aantal-doctrine' ten grondslag. Komen partijen niet tot overeenstemming, dan krijgen de werknemers (vertegenwoordigers) na de fusie recht op het hoogste proportionele aantal medezeggenschapsrechten dat voorafgaand aan de fusie bestond. Dat de inrichting van de bestuursstructuur aan het na de fusie toepasselijke nationale vennootschapsrecht is overgelaten, kan gevolgen hebben voor de medezeggenschap. De omvang van het orgaan waarop de medezeggenschap voorafgaand en na voltooiing van de fusie betrekking heeft, kan verschillen. Denk aan de situatie dat de Nederlandse ondernemingsraad voorafgaand aan de fusie een algemeen aanbevelingsrecht had bij de benoeming van drie niet-uitvoerende bestuursleden van een Nederlandse structuur-BV. Is de uit de fusie ontstane vennootschap een nieuwe vennootschap die zich in Nederland vestigt, dan kan het aantal commissarissen na de fusie worden teruggebracht tot één. Het vereiste dat een structuurvennootschap ten minste drie commissarissen dan wel niet-uitvoerende bestuurders moet kennen, geldt ook indien de vennootschap aan een grensoverschrijdend medezeggenschapssysteem is onderworpen. In deze situatie is de structuurregeling wegens de inlooperperiode van drie jaar evenwel niet (direct) op de uit de fusie ontstane vennootschap van toepassing (vgl. hoofdstuk 4.2.3.1). Ook het Belgische recht biedt mogelijkheden tot variatie in de omvang. De algemene vergadering van een NV kan besluiten dat de raad van bestuur uit twee bestuurders bestaat en voor een BVBA bestaat geen wettelijk minimum met betrekking tot het aantal zaakvoerders. Het Duitse biedt minder mogelijkheden. Het Duitse recht stelt verplicht dat de *Aufsichtsrat* uit ten minste drie leden bestaat.

Hoewel via een variatie in de omvang het absolute aantal leden op wier benoeming de medezeggenschap betrekking heeft, kan wijzigen, blijft het proportionele aantal leden gelijk. De mate van invloed die de werknemers(vertegenwoordigers) via de medezeggenschap uitoefenen op het beleid van de vennootschap ondergaat dus geen verandering. De invloed op het beleid van de vennootschap kan wel wijzigen via een aanpassing van de taakstelling van de persoon die door de werknemers (vertegenwoordigers) wordt benoemd dan wel wordt aanbevolen. Medezeggenschap

veronderstelt de aanwezigheid van zeggenschap. Medezeggenschap ten aanzien van een machteloos lid in het orgaan stelt niets voor. De ‘hoogste aantal-doctrine’ kent evenwel geen betekenis toe aan de taken en bevoegdheden van het orgaan dan wel de leden waarop de medezeggenschap voorafgaand aan de fusie betrekking had. De bestuursstructuur van de vennootschap en de taken en bevoegdheden van haar organen vloeien voort uit het toegepaste vennootschapsrecht en de statuten van de vennootschap.

Deze benadering biedt aan vennootschappen mogelijkheden tot een inhoudelijke verarming van het medezeggenschapsrecht. Het Nederlandse recht staat toe dat binnen het bestuur de uitoefening van bepaalde bestuurstaken en bevoegdheden wordt opgedragen aan individuele bestuurders. Dit kan bij de statuten, bij een bestuursreglement of bij herroepelijke delegatie krachtens bestuursbesluit.²⁷ Een taakverdeling kan leiden tot aanzienlijke verschillen tussen bestuurders, zowel qua ervaring en deskundigheid als qua hun betrokkenheid bij en informatie over bepaalde onderwerpen.²⁸ Komt een taak toe aan een bestuurder, dan zijn de overige bestuurders op grond van art. 2:9 lid 1 BW in beginsel niet langer bevoegd die taak uit te voeren. In een monistische bestuursstructuur kan bij of krachtens de statuten bovendien worden bepaald dat individuele bestuurders bestuursbesluiten nemen over zaken die tot hun taak behoren zonder dat de andere bestuurders hoeven te worden geraadpleegd (art. 2:129a/239a lid 3 BW). Via deze weg kan het functioneren van de bestuurder die door de werknemers(vertegenwoordigers) wordt aanbevolen dan wel benoemd, worden ingeperkt. Het lijkt mij niet mogelijk de bevoegdheden van een bestuurder zodanig uit te hollen dat zijn functie illusoir wordt. Een dergelijke uitholling acht ik in strijd met de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 lid 2 BW. Als de medezeggenschap zich richt op de samenstelling van de raad van commissarissen biedt de Nederlandse wet overigens minder mogelijkheden tot een beperking van de taken en bevoegdheden van een individuele commissaris. De raad van commissarissen is als orgaan bevoegd tot het houden van toezicht op het beleid van het bestuur en het geven van advies aan het bestuur (art. 2:140/250 lid 2 BW).²⁹ De statuten kunnen aan de afzonderlijke leden slechts aanvullende bevoegdheden toekennen (art. 2:140/250 lid 3 BW). Wel kunnen de statuten bepalen dat aan een commissaris bij de besluitvorming meer dan een stem toekomt (art. 2:140/250 lid 4 BW). Deze mogelijkheid bestaat ook voor bestuurders (art. 2:129/239 lid 2 BW).

Het Belgische vennootschapsrecht staat eveneens een interne taakverdeling toe binnen het bestuursorgaan waarop de medezeggenschap betrekking heeft (zie

27 Asser, Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* (2009), nr. 417. Art. 2:129a/239a BW stelt aan de monistische bestuursstructuur bepaalde grenzen wat betreft de taakverdeling tussen uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders (zie nader hoofdstuk 4.2.2.1).

28 Dumoulin (2012), p. 267.

29 De wettelijke taken van de raad van commissarissen zijn uitgebreider in een structuurvennootschap. De raad van commissarissen heeft dan tevens de taak belangrijke bestuursbesluiten goed te keuren en in de volledige structuurregeling komt aan de raad de benoeming van bestuurders toe.

hoofdstuk 4.4.2). Het Duitse recht biedt deze mogelijkheid in beginsel niet. De medezeggenschap is in een uit de fusie onstane Duitse vennootschap doorgaans op de *Aufsichtsrat* van toepassing en de toezichthoudende en adviserende bevoegdheden liggen bij de *Aufsichtsrat* als orgaan (zie hoofdstuk 4.3.2). Dit is slechts anders in het geval dat ook het leidinggevende orgaan aan medezeggenschap is onderworpen. Binnen het leidinggevende orgaan is een taakverdeling bij statuten of bij bestuursreglement toegestaan (§ 77 AktG en § 35 GmbHG).

Kan men iets ondernemen indien de taken en bevoegdheden van een lid op wiens benoeming medezeggenschap van toepassing is, wordt beperkt? De beschermingsgedachte strekt in mijn visie niet zo ver dat ook de bestuursstructuur onderdeel wordt van de systematiek van art. 16 Tiende Richtlijn. De hoofddoelstelling van de Tiende Richtlijn ‘het vergemakkelijken van grensoverschrijdende fusies’ wint het hier van de specifieke beschermingsdoelstelling die aan art. 16 Tiende Richtlijn ten grondslag ligt. Eventueel kan worden gesteld dat de deelnemende vennootschappen misbruik maken van de bevoegdheden die de Tiende Richtlijn biedt. De mogelijkheden zijn zeer beperkt (vgl. art. 16 lid 7 Tiende Richtlijn). Hoogstens kan worden verwezen naar art. 16 lid 6 Tiende Richtlijn. Dit artikel bepaalt: ‘(...) *is de vennootschap verplicht een rechtsvorm aan te nemen die de uitoefening van medezeggenschapsrechten mogelijk maakt*’. Hoewel dit een vage formulering is, kan op grond van deze bepaling worden betoogd dat de uitoefening van medezeggenschap onvoldoende mogelijk wordt gemaakt indien de medezeggenschap wordt geminimaliseerd via een beperking van de taken en bevoegdheden die aan een lid toekomen. Een dergelijk bezwaar zal in mijn ogen niet snel slagen. Het zal weinig voorkomen dat kan worden aangetoond dat de inrichting van de bestuursstructuur tot doel heeft de medezeggenschap te reduceren en niet gelegen is in andere argumenten.

6.3.4.2 Een andere bestuursstructuur

De bestuursstructuur van de uit de fusie ontstane vennootschap wordt bepaald door het nationale recht van de lidstaat van vestiging. De Europese wetgever heeft niet willen tornen aan de verschillende bestuursstructuren die binnen de lidstaten bestaan (zie hoofdstuk 3.11). Dit maakt het mogelijk dat een medezeggenschapssysteem na de fusie van toepassing wordt in een andere bestuursstructuur dan de bestuursstructuur die voor de fusie bestond. Medezeggenschapssystemen laten zich echter niet eenvoudig omzetten. Ik illustreer dit aan de hand van drie voorbeelden:

Voorbeeld 1. Een Nederlandse NV (verdwijnde vennootschap) en een Belgische NV (verkrijgende vennootschap) willen fuseren. De Nederlandse vennootschap werkt met een dualistische bestuursstructuur. De werknemers hebben via het spreekrecht invloed op de samenstelling van zowel het leidinggevende als het toezichthoudende orgaan. De Nederlandse systematiek dient op basis van de referentievoorschriften na de fusie te worden toegepast in de uit de fusie ontstane Belgische vennootschap. De Belgische vennootschap werkt met een monistische bestuursstructuur. De leidinggevende taken zijn evenwel gedelegeerd aan een directiecomité. Heeft de medezeggenschap na de fusie betrekking op de leden van het bestuursorgaan, de leden van het directiecomité of op beide?

Voorbeeld 2. Een Nederlandse structuur-BV (verkrijgende vennootschap) met meer dan 500 werknemers en een Belgische BVBA (verdwijnde vennootschap) willen fuseren. Ook nu werkt de Nederlandse vennootschap met een dualistische bestuursstructuur. De werknemers oefenen via het (versterkte) aanbevelingsrecht invloed uit op de samenstelling van de raad van commissarissen. De Nederlandse uit de fusie ontstane vennootschap heeft een monistische bestuursstructuur. Heeft de medezeggenschap na de fusie betrekking op alle leden van het bestuursorgaan? Maakt het nog verschil of in de statuten een onderscheid is gemaakt tussen uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders?

Voorbeeld 3. Ditmaal willen een Nederlandse NV (verdwijnde vennootschap) en een Duitse AG (verkrijgende vennootschap) fuseren. De Duitse AG kent geen medezeggenschap. De Nederlandse NV heeft een monistische bestuursstructuur. De werknemers hebben via het spreekrecht invloed op de benoeming van alle leden van het bestuursorgaan. De uit de fusie ontstane Duitse vennootschap kent een dualistische bestuursstructuur. Is de medezeggenschap na de fusie op het toezichthoudende en/of het bestuursorgaan van de Duitse vennootschap van toepassing?

Bij de oprichting van een SE leidt deze problematiek niet tot hoofdbrekens. De SE-Verordening kent als uitgangspunt dat de medezeggenschap in een monistische structuur op het bestuursorgaan en in een dualistische structuur op het toezichthoudende orgaan betrekking heeft. De algemene opvatting is dat de medezeggenschap na de fusie naar de andere bestuursstructuur wordt getransformeerd zonder dat belang toekomt aan het feit dat de invloed voor de fusie was gericht op de samenstelling van een ander orgaan binnen de vennootschap.³⁰ Hiertegen kan

³⁰ Vgl. Witteveen (2004), p. 165.

men bedenkingen hebben.³¹ Met de uitbreiding van het medezeggenschapsbegrip tot het leidinggevende orgaan van de vennootschap is deze benadering voor de Tiende Richtlijn sowieso niet houdbaar. Neem het derde voorbeeld. Indien geen rekening wordt gehouden met de leidinggevende dan wel de toezichthoudende component waarop de medezeggenschap zich voor de fusie richtte in de monistische bestuursstructuur, is niet duidelijk of na de fusie het leidinggevende en/of het toezichthoudende orgaan van de Duitse vennootschap aan het spreekrecht onderworpen raakt. Het 'voor en na-beginsel' vergt dat men ernaar moet streven dat de situatie na de fusie zo veel mogelijk overeenstemt met de situatie daarvoor. Dit betekent dat de medezeggenschap na de fusie moet worden toegepast op dezelfde component (de leidinggevende dan wel de toezichthoudende component) als die waarop de medezeggenschap voorafgaand aan de fusie betrekking had.³²

Hoe pakt dit uit in de hiervoor genoemde voorbeelden? Na de fusie geldt in het eerste voorbeeld het spreekrecht bij de benoeming van de leden van het bestuursorgaan én het directiecomité, geldt in het tweede voorbeeld het (versterkte) aanbevelingsrecht bij een onderscheid tussen bestuurders bij de benoeming van de niet-uitvoerende leden en geldt in het derde voorbeeld het spreekrecht bij de benoeming van de leden van zowel het leidinggevende als het toezichthoudende orgaan. Deze benadering is alleen dan niet toepasbaar als in het tweede voorbeeld na de fusie geen onderscheid tussen de bestuurders is aangebracht. De medezeggenschap wordt dan op het gehele bestuursorgaan van toepassing.³³ Deze nadelige uitwerking wordt ondervangen door art. 16 lid 4 (c) Tiende Richtlijn. Deze bepaling biedt lidstaten de mogelijkheid het proportionele aantal werknemersvertegenwoordigers in

31 In mijn visie komt ook bij de SE-Richtlijn relevantie toe aan de leidinggevende of de toezichthoudende component binnen de bestuursstructuur waarop de medezeggenschap betrekking heeft. Indien voorafgaand aan de fusie de medezeggenschap gold voor 1/3 van het aantal leden van het toezichthoudende orgaan, wordt na de fusie de medezeggenschap van toepassing op 1/3 van het aantal niet-uitvoerende leden van het bestuursorgaan in een monistisch bestuursstructuur (ervan uitgaande dat binnen het bestuursorgaan een onderscheid is aangebracht tussen uitvoerende en niet-uitvoerende leden). Ik leid dit af uit het feit dat de medezeggenschap ingevolge de SE-Richtlijn geen betrekking kan hebben op de leidinggevende component zodat de uitvoerende bestuurders reeds om die reden buiten het toepassingsbereik vallen.

32 In gelijke zin Techmann (2007), p. 92.

33 Deze regel geldt ook voor de omgekeerde situatie. In dat geval moet de medezeggenschap die voor de fusie betrekking had op het bestuursorgaan in een monistische bestuursstructuur worden getransformeerd naar een dualistische bestuursstructuur. Indien voorafgaand aan de fusie geen onderscheid bestond tussen uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders, kan discussie ontstaan waarop de medezeggenschap na de fusie betrekking krijgt. Dit lijkt mij het toezichthoudende orgaan te zijn. Binnen een dualistische bestuursstructuur richt de medezeggenschap zich doorgaans op het toezichthoudende orgaan.

het bestuursorgaan te beperken tot een derde van het totale aantal leden.³⁴ De Europese wetgever achtte het niet gewenst dat de medezeggenschap die voorafgaand aan de fusie op het toezichthoudende orgaan betrekking had door de fusie één op één op het bestuursorgaan van toepassing zou worden. Zowel de Nederlandse als de Duitse en Belgische wetgever hebben art. 16 lid 4 (c) Tiende Richtlijn niet geïmplementeerd. Het lijkt mij raadzaam dat de Nederlandse en Belgische wetgever hiertoe alsnog overgaan. Voor Duitsland bestaat geen noodzaak, nu het Duitse recht voor de toepassing van medezeggenschap steeds een dualistische bestuurstructuur verplicht stelt.

6.3.5 Uitoefening van de medezeggenschapsrechten

6.3.5.1 Een verwatering van Nederlandse medezeggenschapsrechten

De ‘hoogste aantal-doctrine’ bewerkstelligt dat het hoogste aantal medezeggenschapsrechten behouden blijft. De manier van uitoefenen wijzigt wel. De referentievoorschriften verdelen de medezeggenschapsrechten over de lidstaten waar de uit de fusie ontstane vennootschap vestigingen en dochtervennootschappen met werknemers heeft. Vanuit het perspectief van de Nederlandse werknemer kan het voorkomen dat zijn invloed afneemt. Een voorbeeld ter verduidelijking:

Een Belgische BVBA (verkrijgende vennootschap) met 500 werknemers fuseert met een Nederlandse structuur-BV (verdwijnde vennootschap) met 800 werknemers. Van deze 800 werknemers zijn er 300 in Nederland en 500 in Duitsland werkzaam. De Nederlandse vennootschap werkt met een dualistische bestuursstructuur. De ondernemingsraad oefent voorafgaand aan de fusie via het (versterkte) aanbevelingsrecht invloed uit op de samenstelling van de raad van commissarissen in de Nederlandse structuur-BV. De referentievoorschriften wijzen de Nederlandse structuurbevoegdheden aan als het proportioneel hoogste aantal medezeggenschapsrechten. Dit proportionele aantal wordt van toepassing op de uit de fusie ontstane Belgische vennootschap. De Belgische vennootschap werkt met een monistische bestuursstructuur bestaande uit een bestuursorgaan met drie bestuurders. De leidinggevende taken liggen bij een directiecomité. De drie aanbevelingsrechten met betrekking tot het bestuursorgaan worden verdeeld over de lidstaten waar de uit de fusie ontstane vennootschap dochtervennootschappen en vestigingen heeft met werknemers. Dit houdt in dat aan de werknemers werkzaam in Nederland, Duitsland en België ieder één aanbevelingsrecht toekomt. De werknemers uit twee lidstaten krijgen een algemeen aanbevelingsrecht en de werknemers uit één lidstaat krijgen een verstrekt aanbevelingsrecht toegekend.

34 De formulering van art. 16 lid 4 (c) Tiende Richtlijn doet vermoeden dat de limitering onbegrensd is als de medezeggenschap voor de fusie minder dan een derde van het proportionele aantal leden betrof. Dat zou betekenen dat de lidstaten de mogelijkheid hebben de medezeggenschap bij wet te reduceren tot nihil. Dit lijkt mij niet beoogd. Mijns inziens geldt de beperking tot een derde als algemeen minimum.

De Nederlandse werknemers moeten de aanbevelingsrechten na de fusie delen met hun Europese collega's. Kwantitatief leidt de systematiek niet tot een afname van de medezeggenschap; het aantal aanbevelingsrechten blijft gelijk. Vanuit het perspectief van de Nederlandse werknemers treedt kwalitatief echter wel een verarming van medezeggenschap op. Na de fusie oefenen de Nederlandse werknemers niet langer het gehele scala aan medezeggenschap uit maar nog slechts een fractie daarvan.³⁵ Het valt bovendien te verwachten dat de leden op wier benoeming de medezeggenschap betrekking heeft, zullen handelen vanuit de visies en tradities van het land waaruit zij afkomstig zijn. Dat geldt te meer nu de uitoefening van het medezeggenschapsrecht is overgelaten aan het recht van de lidstaat waar de werknemers (vertegenwoordigers) aan wie het betreffende medezeggenschapsrecht is toegekend, werkzaam zijn. De laatste zin van bijlage 3 (b) derde alinea van de bijlage van de SE-Richtlijn bepaalt dat *'Elke lidstaat kan bepalen hoe de aan hem toegewezen zetels in het toezichthoudend of het bestuursorgaan worden verdeeld'*. Deze zinsnede is ontleend aan de EOR-Richtlijn. Het implementatierecht van iedere lidstaat als zodanig regelt aan wie het actief en passief kiesrecht toekomt bij de uitoefening van het medezeggenschapsrecht door de werknemers die binnen hun landsgrenzen werkzaam zijn. Hieronder valt ook de persoon die wordt benoemd dan wel aanbevolen.

Een ander aspect heeft betrekking op de verdeling van de medezeggenschapsrechten. Welke werknemers krijgen welk medezeggenschapsrecht toegekend? In het bovengenoemde voorbeeld zijn te verdelen: één versterkt en twee algemene aanbevelingsrechten. De werknemers(vertegenwoordigers) uit de betreffende lidstaten zullen doorgaans de voorkeur hebben voor een versterkt aanbevelingsrecht, nu een dergelijk recht hun meer invloed geeft binnen de vennootschap dan een algemeen aanbevelingsrecht. Het lijkt mij redelijk dat voor de verdeling van de medezeggenschapsrechten wordt aangesloten bij de rangorde van de in de Tiende Richtlijn neergelegde verdelingssystematiek. Dit houdt in dat de werknemers(vertegenwoordigers) uit een lidstaat die als eerste een zetel krijgen toegekend, kunnen kiezen welke medezeggenschapsrecht zij prefereren. Vervolgens komen de werknemers(vertegenwoordigers) uit de opvolgende lidstaten aan de beurt, net zolang totdat er geen keuze meer te maken is. Deze uitkomst doet recht aan de gedachte dat de lidstaat waar proportioneel de meeste werknemers werkzaam zijn het grootste belang vertegenwoordigt in de uit de fusie ontstane vennootschap. De uitleg heeft in het bovengenoemde voorbeeld tot gevolg dat aan de Nederlandse werknemers na de fusie nog slechts een algemeen aanbevelingsrecht toekomt. Een mogelijk alternatief is dat het verstrekte aanbevelingsrecht bij toebeurt wisselt. De

35 Het kan zelfs zo zijn dat na de fusie aan de Nederlandse werknemers geen enkel medezeggenschapsrecht wordt toegekend. Dit is het geval indien de Nederlandse werknemers een te gering percentage van het totale werknemersbestand uitmaken. Bij een *inbound* fusie is het risico hierop overigens gering, omdat art. 1:32 WRW de tweede zetel alsnog aan Nederland toekent indien toepassing van de hoofdregel niet tot de toekenning van een zetel leidt.

verdeling geschiedt de eerste keer op de wijze zoals ik hiervoor heb uiteengezet. Nadat de werknemers uit de drie lidstaten hun aanbevelingsrecht hebben uitgeoefend, komt het verstrekte aanbevelingsrecht toe aan de werknemers uit de lidstaat met het op één na hoogste aantal werknemers. Deze systematiek vergt wat gepuzzel, maar leidt tot een billijker uitkomst dan wanneer het verstrekte aanbevelingsrecht structureel aan de werknemers uit één lidstaat wordt toegekend.

6.3.5.2 *Het Nederlandse onafhankelijkheidsvereiste*

Iedere lidstaat bepaalt zelf op welke wijze het aan de werknemers uit zijn lidstaat toegekende medezeggenschapsrecht wordt uitgeoefend. In Nederland geschiedt de uitoefening van het medezeggenschapsrecht op dezelfde wijze als de verkiezing van de Nederlandse BOG-leden. Voor het passief kiesrecht is met name aan afgevaardigden van (centrale) ondernemingsraden gedacht.³⁶ Het Duitse en Belgische recht hanteren eenzelfde benadering. De kans is aldus groot dat een werknemer zitting krijgt in het bestuur dan wel de raad van commissarissen van een Nederlandse vennootschap. Interessant is de vraag hoe deze uitkomst zich verhoudt tot een belangrijk principe uit ons Nederlandse vennootschapsrecht: het principe dat bestuurders en commissarissen in voldoende mate onafhankelijk dienen te zijn ten opzichte van de deelbelangen van de vennootschap. Bestuurders en commissarissen dienen zich bij de vervulling van hun taak te richten naar het belang van de vennootschap en de door haar in stand gehouden onderneming. Voor commissarissen volgt deze norm uit art. 2:140/250 BW. Sinds 1 januari 2013 is in art. 2:129/239 lid 5 BW wettelijk vastgelegd dat de norm eveneens voor bestuurders geldt.³⁷

Vooropgesteld moet worden dat de eis tot onafhankelijkheid er niet aan in de weg staat dat een bestuurder of commissaris voortkomt uit een specifieke groep binnen de vennootschap. Ook aandeelhouders kunnen in het bestuur en de raad van commissarissen zitting nemen. Bovendien is een (uitvoerend) bestuurder werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst en daarmee een werknemer van de vennootschap.³⁸ Wel heeft de Hoge Raad bepaald dat de verbondenheid met een deelbelang – zoals het werknemersbelang – de verplichting het vennootschappelijk belang te dienen, onverlet laat.³⁹ Indien het orgaan bij de besluitvorming het vennootschapeplijke belang niet in acht neemt, is het besluit genomen in strijd met de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW en via de band van art. 2:15 (b) BW vernietigbaar.⁴⁰

³⁶ *Kamerstukken II* 2006/07, 30 929, nr. 7, p. 8.

³⁷ Dat het bestuur zich bij de uitoefening van zijn taak dient te richten naar het belang van de vennootschap werd ook reeds voor de inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht aangenomen. Vgl. Asser, Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* (2009), nr. 394. De Wet bestuur en toezicht heeft deze norm gecodificeerd.

³⁸ Dit geldt op grond van art. 2:132 lid 3 BW niet voor bestuurders van een beurs-NV.

³⁹ HR 14 september 2007, *NJ* 2007/612, *JOR* 2007/239 m.nt. Bartman (*Versatel III*).

⁴⁰ Asser, Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* (2009), nr. 394.

Bij een structuurvennootschap doet zich wel een conflict voor. Art. 2:160/270 BW sluit bepaalde personen van de benoeming tot niet-uitvoerende bestuurder dan wel commissaris van een structuurvennootschap uit. Deze bepaling kent een verbod om werknemers en vakbondsvertegenwoordigers als toezichthouder aan te stellen. Achterliggende gedachte is dat deze personen niet worden geacht voldoende vrij te staan tegenover de leiding van de vennootschap en haar personeel. Het verbod voorkomt representatie en daarmee wellicht ook polarisatie in het niet-uitvoerende bestuur dan wel de raad van commissarissen.⁴¹

Ik vermoed dat de Nederlandse wetgever zich niet heeft gerealiseerd dat een grensoverschrijdend medezeggenschapssysteem met de compatibiliteitseis in strijd kan komen. Wet noch parlementaire geschiedenis besteedt aan dit onderwerp aandacht. In lijn met de opmerkingen van de Minister van Justitie over de afwijking van de dwingendrechtelijke benoemingsbepalingen uit boek 2 BW kan worden gesteld dat ook bij de kring van benoembare personen art. 2:333k lid 5 BW voldoende legitimatie biedt tot afwijking van de dwingendrechtelijke compatibiliteitseis.⁴²

Hiermee ontstaat wel een onderscheid tussen structuurvennootschappen. Voor dit onderscheid bestaat geen rechtvaardiging. Het enkele gegeven dat de structuurvennootschap het resultaat is van een grensoverschrijdende fusie acht ik onvoldoende. Waarom zouden in een uit de fusie ontstane vennootschap met een grensoverschrijdend medezeggenschapssysteem werknemers in het niet-uitvoerende bestuur of de raad van commissarissen zitting kunnen nemen, terwijl dat niet mogelijk is in situaties waar geen grensoverschrijdende fusie heeft plaatsgevonden? De compatibiliteitseis wordt ofwel zo belangrijk gevonden dat hij ook in grensoverschrijdende situaties wordt gehandhaafd ofwel voor alle structuurvennootschappen afgeschaft. Zou ik een voorkeur moeten uitspreken, dan gaat die uit naar een handhaving van het compatibiliteitsvereiste. Het vennootschapsrecht legt de nadruk op de onafhankelijkheid van de toezichthouder in relatie tot zijn in de wet verankerde taak. Zijn taak binnen de structuurregeling – met name de bijzondere bevoegdheden die aan de toezichthouders worden toegekend – brengt met zich dat iedere schijn van belangenverstrengeling moet worden voorkomen.

6.3.6 De bevroren status van een grensoverschrijdend medezeggenschapssysteem

Tot slot de mogelijke verarming van – ditmaal – toekomstige medezeggenschap. Ik doel op het feit dat de systematiek van de wettelijke referentievoorschriften het

41 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 179, nr. 3, p. 9. Deze compatibiliteitseis geldt niet voor een vennootschap die geen structuurvennootschap is. De wetgever achtte het vooral bij de structuurvennootschap - in het licht van de extra bevoegdheden die aan de toezichthouders worden toegekend - voor werknemers en vakbondsvertegenwoordigers moeilijk zich tegenover de werknemers als deelbelang onafhankelijk op te stellen.

42 *Kamerstukken II* 2006/07, 30 929, nr. 7, p. 20-21. Deze oplossing verdient geen schoonheidsprijs. Het zou mijn voorkeur hebben deze afwijking - voor zover gewenst en bedoeld - expliciet in de wet te verankeren.

gevonden resultaat waartoe zijn toepassing leidt (het grensoverschrijdende medezeggenschapssysteem) als het ware bevest. Dit werkt als volgt. Indien de vennootschap aan een grensoverschrijdend medezeggenschapssysteem onderworpen raakt, stelt art. 16 lid 2 Tiende Richtlijn het nationale medezeggenschapsrecht buiten werking. De systematiek van de SE-Richtlijn – de onderhandelingsprocedure met als vangnet de wettelijke referentievoorschriften – heeft in beginsel alleen voorafgaand aan de fusie gelding. Het gaat om een momentopname. Toekomstige personeelstoenames of veranderingen in de kapitaalomvang hebben geen invloed op de mate en de vorm van medezeggenschap die in de uit de fusie ontstane vennootschap bestaat. Niet alleen de mate en vorm, maar ook de verdeling van de medezeggenschapsrechten over de betrokken lidstaten wordt ‘bevroren’ op het moment van fuseren. De verdeling zoals die bij de fusie door de BOG is vastgesteld, ondergaat geen wijziging bij een aanzienlijke toename van het aantal werknemers in een betreffende lidstaat (behalve indien anders is overeengekomen).

In Nederland is de mate van medezeggenschap afhankelijk van drempels voor vermogen en personeelsomvang. Dit biedt speelruimte voor handig gebruik (dan wel misbruik) van de Tiende Richtlijn. Illustratief is het volgende voorbeeld:

Een Nederlandse NV fuseert met een Belgische BVBA. De statutaire zetel komt in Nederland te liggen. Op grond van de tweede uitzondering treedt het alternatieve regime in werking. Partijen komen niet tot een overeenkomst. De werknemers krijgen op grond van de referentievoorschriften een recht tot medezeggenschap in de vorm van een spreekrecht met betrekking tot de benoeming van alle bestuurders en alle commissarissen in de uit de fusie ontstane Nederlandse NV. Amper twee weken na de grensoverschrijdende fusie neemt de Nederlandse vennootschap een bedrijfs-onderdeel over met in totaal 2.000 werknemers. Deze overname heeft tot gevolg dat de Nederlandse NV voldoet aan de voorwaarden van de structuurregeling. Na afloop van de inschrijvingsperiode van drie jaar treedt in de medezeggenschap geen verandering op, nu het grensoverschrijdende medezeggenschapssysteem de structuurbevoegdheden buiten toepassing stelt.

Het is de vraag of de Nederlandse werknemers tegen deze uitkomst iets kunnen ondernemen. Een bedrijfsfusie valt niet onder het fusiebegrip van de Tiende Richtlijn en wordt dus niet bestreken door art. 16 lid 7 Tiende Richtlijn. De EOR-Richtlijn kent in art. 13 een hernieuwde onderhandelingsplicht indien zich na de instelling van de EOR structurele veranderingen voordoen. Een soortgelijke hernieuwde onderhandelingsplicht wordt bepleit met betrekking tot structurele veranderingen die zich voordoen na oprichting van een SE.⁴³ De plicht wordt gebaseerd op de algemene misbruikbepaling van art. 11 SE-Richtlijn in combinatie met overweging 18 preambule SE-Richtlijn. Deze oplossing biedt geen soelaas voor structurele veranderingen die zich voordoen na een grensoverschrijdende fusie.

⁴³ Het Brusselse coördinatieoverleg heeft de lidstaten nadrukkelijk aanbevolen om situaties te benoemen die tot aanpassing van de overeenkomst of tot nieuwe onderhandelingen moeten leiden.

Art. 11 SE-Richtlijn is in de Tiende Richtlijn niet van overeenkomstige toepassing verklaard.⁴⁴ Klaarblijkelijk was de Europese wetgever van oordeel dat op de nationale juridische fusies na geen misbruik van de grensoverschrijdende fusie kan worden gemaakt om medezeggenschap te ontwijken.⁴⁵ Het bovenstaande voorbeeld laat zien dat deze visie niet (geheel) opgaat.

Hebben de werknemers andere mogelijkheden? In de arresten *Mangold* en *Küçükdeveci* werkte een algemeen beginsel van Unierecht (het non-discriminatiebeginsel) via de band van de richtlijn als gevolg van het buiten werking stellen van nationaal recht indirect door binnen de horizontale rechtsverhouding.⁴⁶ Hoewel het Hof van Justitie andermaal heeft geoordeeld dat het gemeenschapsrecht de lidstaten geen vrijbrief biedt tot het maken van misbruik,⁴⁷ wordt in de literatuur verschillend gedacht over de vraag of het verbod op misbruik een algemeen rechtsbeginsel is.⁴⁸ Los daarvan, hebben de arresten van het Hof van Justitie inzake misbruik steeds betrekking op de vraag onder welke omstandigheden een lidstaat belemmerende maatregelen kan opleggen om misbruik te voorkomen. Het is niet duidelijk of deze rechtspraak – als het verbod op misbruik van recht al een algemeen rechtsbeginsel betreft – ook in een horizontale verhouding kan worden ingeroepen om het bestuur van de vennootschap tot onderhandelen te verplichten.⁴⁹

Het ligt meer voor de hand een oplossing te zoeken via het nationale recht. Nederland kent met art. 3:13 BW een algemene misbruikbepaling. Het Hof van

Zie het rapport van de Group of Experts SE van 30 april 2003, punten 16 en 18. Niet alle lidstaten hebben aan deze oproep gehoor gegeven. Voor een uiteenzetting van de afwijkende manier waarop een aantal lidstaten art. 11 SE-Richtlijn heeft geïmplementeerd, wordt verwezen naar Roelofs (2010), p. 123-125.

44 In eerdere voorstellen was dit nog wel het geval. Zie COM (2003) 703 def., p. 15.

45 Art. 16 lid 7 Tiende Richtlijn is geïnspireerd op art. 11 SE-Richtlijn. Zie het verslag van de Groep sociale vraagstukken 30 juni 2004 (12.07), 10934/04, p. 5.

46 HvJ EG 22 november 2005, nr. C-144/04, *NJ* 2006/227, *JAR* 2005/289 (*Mangold*); HvJ EU 19 januari 2010, nr. C-555/07, *NJ* 2010/256, *JAR* 2010/53 (*Küçükdeveci*). Het ging in *Mangold* en *Küçükdeveci* om de algemene beginselen van gelijke behandeling/non-discriminatie. Het is op voorhand niet duidelijk of ook andere algemene beginselen voor eenzelfde toepassing in aanmerking komen. Meer uitgebreid over dit thema De Waele & Kieft (2010), p. 170-178.

47 Het Hof van Justitie gaf voor het eerst een algemene omschrijving van het misbruik van recht beginsel in het arrest *Emsland-Stärke* van 14 december 2000, nr. C-110/99. Het Hof oordeelde dat voor de beoordeling of sprake is van misbruik van recht een objectieve en subjectieve toets geldt. Gekeken moet worden naar objectieve omstandigheden waaruit blijkt dat het beoogde doel van het gemeenschapsrecht niet wordt bereikt (objectieve toets) en naar de intentie (subjectieve toets). Voor de vrijheid van vestiging hanteerde het Hof van Justitie eenzelfde toets in het arrest *Centros* van 9 maart 1999, nr. C-212/97, punten 24 en 25.

48 De Waele & Kieft (2010) benoemen een verbod op misbruik niet als rechtsbeginsel.

49 Voor zover het Hof van Justitie al aan algemene rechtsbeginselen van EU-recht enige horizontale werking heeft toegekend, had dit tot gevolg dat nationale wetgeving buiten toepassing werd gelaten. In onderhavige situatie zou een beroep op rechtsmisbruik ertoe moeten leiden dat de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap opnieuw moet onderhandelen over de medezeggenschap, hetgeen een verplichting oplegt aan een particulier. Zie over de horizontale werking van rechtsbeginselen De Waele & Kieft (2010), p. 170-178; Devroe (2007), p. 134-188.

Justitie overwoog in het arrest *Kefalas* dat nationale gerechtelijke instanties een nationale rechtsregel inzake rechtsmisbruik kunnen toepassen om te beoordelen of van een uit een gemeenschapsbepaling voortvloeiend recht misbruik wordt gemaakt.⁵⁰ Het beroep op de nationale bepaling mag echter geen afbreuk doen aan de volle werking en de eenvormige toepassing van de gemeenschapsbepalingen in de lidstaten en mag met name de reikwijdte van de gemeenschapsbepalingen niet wijzigen of de doeleinden die daarmee worden nagestreefd in gevaar brengen.⁵¹ Toegepast op de bovengenoemde casus sluit ik niet uit dat de Nederlandse werknemers op grond van art. 3:13 BW kunnen stellen dat de uit de fusie ontstane vennootschap de regeling van de Tiende Richtlijn misbruikt om werknemers rechten met betrekking tot hun medezeggenschap te ontnemen. In lijn met art. 16 lid 7 Tiende Richtlijn zou het misbruik moeten leiden tot een hernieuwde onderhandelingsplicht voor de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap.

6.4 Conclusie

Art. 16 Tiende Richtlijn moet voorkomen dat nationale medezeggenschapsrechten wegvloeien als een gevolg van grensoverschrijdend fuseren. In dit hoofdstuk stond centraal of art. 16 Tiende Richtlijn beschermt wat vanuit Nederlands perspectief bescherming verdient. De vraag werd beantwoord vanuit twee invalshoeken: de situatie voorafgaand aan de fusie en de situatie na voltooiing van de fusie.

Bij de toepassing van de criteria van art. 16 Tiende Richtlijn voorafgaand aan de fusie is de positie van de Nederlandse medezeggenschapsrechten niet steeds eenvoudig vast te stellen. Dit heeft als reden dat art. 16 Tiende Richtlijn – alsmede het implementatierecht van Nederland, Duitsland en België – op verschillende punten niet eenduidig en precies is geformuleerd. Een andere reden is gelegen in de systematiek van art. 16 Tiende Richtlijn. De systematiek gaat uit van een proportioneel aantal medezeggenschapsrechten en de vorm daarvan. Het is gebleken dat de Nederlandse medezeggenschapsrechten niet altijd tot een proportioneel aantal en/of één bepaalde vorm zijn te herleiden. Problemen doen zich voor indien de ondernemingsraad bij de benoeming van een toezichthouder zowel een spreekrecht als een (versterkt) aanbevelingsrecht heeft of indien de medezeggenschap zich op de samenstelling van meer organen van de vennootschap richt. Ook met concernmedezeggenschap houdt de Tiende Richtlijn geen rekening.

Met een beroep op het ‘voor en na-beginsel’ heb ik voor de knelpunten getracht oplossingen te bieden. Via deze weg krijgen de meeste aspecten van het Nederlandse medezeggenschapsrecht alsnog een plek binnen de systematiek van art. 16 Tiende Richtlijn. De bescherming van de voorafgaand aan de fusie bestaande medezeggenschap ‘wint’ het hier van een strikt tekstuele uitleg van art. 16 Tiende Richtlijn. Dat is geoorloofd. De eendimensionale benadering die art. 16 Tiende Richtlijn voorstaat

50 HvJ EG 12 mei 1998, nr. C-367/96, NJ 1999/239 (*Kefalas*).

51 Idem, punt 22.

(aantal en vorm), heeft weinig van doen met de vrijheid van vestiging, maar des te meer met het willen vinden van een compromis. Het feit dat het materiële medezeggenschapsrecht tot op heden nationaal wordt geregeld en art. 16 Tiende Richtlijn slechts een coördinerende functie vervult, maakt dat de regeling van art. 16 Tiende Richtlijn niet te strikt moet worden uitgelegd. De oplossingen komen bovendien tegemoet aan de overkoepelende doelstelling van de Tiende Richtlijn. De bereidwilligheid grensoverschrijdende fusies aan te gaan, neemt toe naarmate de bekendheid met het recht dat op de transactie van toepassing is bij de verscheidende partijen kenbaar is.

Knelpunten doen zich ook voor na voltooiing van de fusie. Paragraaf 6.3 maakt duidelijk dat het onder omstandigheden lastig is aan het resultaat van art. 16 Tiende Richtlijn uitwerking te geven binnen de kaders van het op de uit de fusie onstane vennootschap toepasselijke vennootschapsrecht. Aan deze knelpunten ligt ten grondslag dat art. 16 Tiende Richtlijn geen acht slaat op de vennootschappelijke omgeving waarbinnen de medezeggenschap zich in nationaal verband manifesteert. Dit is met name problematisch indien de wettelijke referentievoorschriften de uitkomst bepalen. Deze uitkomst houdt op generlei wijze rekening met het vennootschapsrecht waarin het na de fusie toepassing krijgt. Dit maakt het lastig – en onder omstandigheden zelfs onmogelijk – dat een grensoverschrijdend medezeggenschapssysteem na de fusie een positie krijgt die recht doet aan de beschermingsgedachte van art. 16 Tiende Richtlijn. De beschermingsgedachte strekt niet zo ver dat het vennootschapsrecht waarin de medezeggenschap voorafgaand aan de fusie toepassing had onderdeel wordt van de systematiek van art. 16 Tiende Richtlijn.

7 DE BETROKKENHEID VAN DE NEDERLANDSE EN EUROPESE ONDERNEMINGSRAAD

7.1 Inleiding

De betrokkenheid van Nederlandse werknemers bij een grensoverschrijdende fusie krijgt gestalte via de invloed van de (centrale) ondernemingsraad dan wel Europese ondernemingsraad op de besluitvorming in de deelnemende vennootschap. De Tiende Richtlijn kent voor de betrokkenheid geen uitgebreide regeling, maar verwijst naar eerdere Europese richtlijnen die over dit onderwerp tot stand zijn gebracht. Van belang zijn Richtlijn 2002/14/EG inzake informatie en raadpleging (Richtlijn 2002/14/EG) en Richtlijn 2009/38/EG inzake de Europese ondernemingsraad (EOR-Richtlijn, hierna ook wel Herschikkingsrichtlijn genoemd). De Nederlandse implementatie van deze richtlijnen is te vinden in de Wet op de ondernemingsraden (WOR)¹ en de Wet op de Europese ondernemingsraden (WEOR).

De WOR kent bevoegdheden toe aan de Nederlandse (centrale) ondernemingsraad. Art. 25 WOR bepaalt dat *‘de ondernemingsraad door de ondernemer in de gelegenheid wordt gesteld advies uit te brengen over elk door hem voorgenomen besluit tot (...)’*. De term fusie komt in art. 25 WOR niet voor. De WOR noemt in het bijzonder twee categorieën van adviesplichtige onderwerpen die in de optiek van een grensoverschrijdende fusie een rol kunnen spelen: de overdracht van de zeggenschap over de onderneming (art. 25 lid 1 (a) WOR) en het overnemen van de zeggenschap over een andere onderneming dan wel het aangaan van een duurzame samenwerking met een andere onderneming (art. 25 lid 1 (b) WOR). De bevoegdheden uit de WEOR komen toe aan de Europese ondernemingsraad en geven recht op informatie en raadpleging over sociaaleconomische transnationale besluiten (tenzij anders is overeengekomen). De WOR en de WEOR sluiten elkaar niet uit en zijn naast elkaar van toepassing.

De bevoegdheden uit de WOR zijn gekoppeld aan de onderneming in de zin van de WOR (de zelfstandige arbeidsorganisatie zoals bedoeld in art. 1 lid 1 (c) WOR). De bevoegdheden worden niet bedreigd door een grensoverschrijdende fusie. De onderneming blijft in Nederland gelegen. Dat de ondernemer na de fusie eventueel in het buitenland is gevestigd, doet daar niet aan af. De bevoegdheden van de Europese ondernemingsraad zijn daarentegen gekoppeld aan de onderneming (de rechtspersoon) of het concern in de zin van de WEOR met een communautaire

¹ Richtlijn 2002/14/EG noopte slechts tot een zeer beperkt aantal aanpassingen van de WOR. De aanpassingen hadden betrekking op de artt. 5 en 20 WOR.

dimensie. Ook deze koppeling is doorgaans niet problematisch nu de uit de fusie ontstane vennootschap altijd een communautaire dimensie kent. Dit verklaart waarom de regels inzake de betrokkenheid – anders dan bij de vennootschappelijke medezeggenschap – niet zijn gericht op een behoud van de voorafgaand aan de fusie bestaande bevoegdheden. In plaats daarvan heeft de regeling tot doel werknemers een bepaalde mate van invloed te verschaffen op het besluitvormingsproces. De Europese wetgever heeft het niet nodig geacht een speciale regeling op te nemen voor de situatie dat het besluit een grensoverschrijdende fusie behelst. Ter bevordering van grensoverschrijdende fusies is zo veel mogelijk aangesloten bij de nationale bepalingen die eveneens op de interne fusievariant van toepassing zijn.

In dit hoofdstuk richt ik mij op de invloed zoals die wordt uitgeoefend door de Nederlandse dan wel Europese ondernemingsraad als het orgaan dat de Nederlandse werknemers vertegenwoordigt. Aan de orde komt de wijze waarop beide organen invloed uitoefenen op een (voor)genomen besluit tot grensoverschrijdend fuseren. Nagegaan wordt welke knelpunten zich voordoen nu het besluit een grensoverschrijdende dimensie kent en hoe hiermee kan worden omgegaan. Bijzondere aandacht komt toe aan de situatie binnen concernverband. Een aparte paragraaf is gewijd aan de vraag of het klopt dat de bevoegdheden inzake de betrokkenheid geen wijziging ondergaan als een gevolg van de grensoverschrijdende fusie. Het Duitse en Belgische recht spelen in dit hoofdstuk geen prominente rol. Dit heeft ermee te maken dat de onderneming waarin de Nederlandse werknemers werkzaam zijn in Nederland is gelegen zodat de WOR van toepassing is. Dit kan anders liggen bij de positie van de Europese ondernemingsraad. De (oprichting van de) Europese ondernemingsraad is onderworpen aan het implementatierecht van de lidstaat waar het hoofdbestuur zetelt. Bij de bespreking van de Europese ondernemingsraad komt daarom wel aandacht toe aan het Duitse en Belgische (implementatie)recht.

7.2 Betrokkenheid van de Nederlandse (centrale) ondernemingsraad

7.2.1 De implementatie van art. 7 Tiende Richtlijn

De Tiende Richtlijn kent als uitgangspunt dat de aan de grensoverschrijdende fusie deelnemende vennootschappen *voorafgaand* aan de fusie voldoen aan de bepalingen en formaliteiten van de op hen toepasselijke nationale wetgeving (art. 4 lid 2 Tiende Richtlijn). In aanvulling hierop verplicht de Tiende Richtlijn het leidinggevende dan wel het bestuursorgaan van iedere aan de fusie deelnemende vennootschap voor de aandeelhouders een verslag op te stellen waarin de juridische en economische aspecten van de fusie en de gevolgen voor onder meer de werknemers worden toegelicht (art. 7 Tiende Richtlijn). Het Nederlandse recht kende met art. 2:312 BW voor de interne fusie reeds een soortgelijke verplichting. Deze bepaling is op de grensoverschrijdende variant van overeenkomstige toepassing verklaard en op sommige punten nader aangevuld.

Art. 2:312 lid 1 (h) BW verplicht de vennootschap in het fusievoorstel informatie op te nemen over het voortzetten of het beëindigen van werkzaamheden van de fuserende vennootschappen na de fusie. Gaat het om een grensoverschrijdende fusie dan vermeldt het fusievoorstel bovendien de waarschijnlijke gevolgen van de fusie voor de werkgelegenheid (art. 2:333d (b) BW). Voorts dient het bestuur van de vennootschap in een nadere schriftelijke toelichting uiteen te zetten wat de redenen voor de fusie zijn met de te verwachten gevolgen voor de werkzaamheden. De uiteenzetting moet plaatsvinden vanuit een juridisch, een economisch en een sociaal oogpunt (art. 2:313 BW). De juridische informatie heeft betrekking op de keuze voor de grensoverschrijdende juridische fusie als reorganisatievorm. De economische informatie richt zich op de synergie voordelen die de fusie naar verwachting zal hebben. Bij het sociaal oogpunt kan worden gedacht aan de consequenties van de fusie voor de bedrijfsvoering.²

De toelichting hoeft – anders dan het fusievoorstel zelf – niet te worden gedeponeerd bij het Handelsregister. Wel moet de toelichting met het fusievoorstel zijn neergelegd ten kantore van de rechtspersoon (art. 2:314 BW). Ook hier kent de wet een aanvullende bepaling voor de grensoverschrijdende fusie. Art. 2:333f BW bepaalt dat de toelichting tot het tijdstip van fuseren ter inzage voor de ondernemingsraad moet worden gelegd. De bepaling voegt inhoudelijk niets toe aan art. 2:314 BW. Eventueel kan men uit de bepaling afleiden dat het bestuur de ondernemingsraad op de hoogte moet stellen van het feit dat de toelichting ter inzage ligt. De wettekst bepaalt dit echter niet met zoveel woorden. Met instemming van de aandeelhouders kan het opstellen van een toelichting achterwege blijven (art. 2:313 lid 4 BW). Bij een interne fusie kan het daarom voorkomen dat geen inzicht wordt verschaft in de gevolgen voor de werkgelegenheid. Dit is bij een grensoverschrijdende fusie niet mogelijk nu deze informatie in het fusievoorstel zelf moet zijn vermeld (art. 2:333d (b) BW). Uiteindelijk komt de informatie altijd wel bij de ondernemingsraad terecht. De ondernemer dient – zoals hierna zal blijken – de informatie namelijk eveneens te verschaffen in het kader van het adviestraject van art. 25 WOR.³

7.2.2 Toepassing van de WOR

De Nederlandse ondernemingsraad ontleent bevoegdheden aan de WOR. De toepassing van de WOR is gekoppeld aan het ondernemingsbegrip. Art. 1 lid 1 (c) WOR definieert de onderneming als een *‘in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband waarin krachtens arbeidsovereenkomst of krachtens publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht’*. De reikwijdte van de WOR

² Zaman, Donkers & Simonis (2003), p. 37.

³ Dit is alleen niet het geval indien de vennootschap geen onderneming in stand houdt waarbij een ondernemingsraad is ingesteld of - als wel een ondernemingsraad is ingesteld - de buitenlanduitzondering van toepassing is (vgl. paragraaf 7.2.3.3).

is territoriaal bepaald tot Nederland en daarom alleen van toepassing indien het als zelfstandige eenheid optredende organisatorische verband in Nederland is gelegen. Het ondernemingsbegrip moet worden onderscheiden van het ondernemersbegrip. De ondernemer betreft ingevolge art. 1 lid 1 (d) WOR ‘*de natuurlijke persoon of rechtspersoon die de onderneming in stand houdt*’. De ondernemer kan zowel een Nederlandse als een buitenlandse (rechts)persoon zijn.⁴

De ondernemer is verplicht een ondernemingsraad in te stellen indien hij een onderneming in stand houdt waarin in de regel ten minste 50 personen werkzaam zijn (art. 2 WOR). Deze plicht geldt ten behoeve van het overleg met en de vertegenwoordiging van de in de onderneming werkzame personen. Met de wetswijziging van 1998 is de aanvankelijk geldende tewerkstellingsdrempel van 35 verhoogd tot 50. De tewerkstellingsdrempel van 50 heeft geen wijziging ondergaan als gevolg van Richtlijn 2002/14/EG. De Nederlandse wetgever achtte dit niet nodig omdat de WOR aansluit bij het niveau van de onderneming en ook Richtlijn 2002/14/EG voor de onderneming een tewerkstellingsdrempel van 50 werknemers hanteert.⁵ Deze redenering is gebaseerd op een puur tekstuele uitleg. Het feit dat de WOR net als Richtlijn 2002/14/EG de term onderneming hanteert, betekent echter niet dat beide begrippen een gelijke betekenis hebben. Bij de totstandkoming van een richtlijn zijn meerdere lidstaten betrokken waardoor de begrippen niet vanuit een puur nationaal perspectief kunnen worden uitgelegd.

In hoofdstuk 2.6.2 heb ik vastgesteld dat de Europese wetgever met het ondernemingsbegrip in Richtlijn 2002/14/EG doelde op een publieke of private rechtspersoon. In zijn reactie op vragen van leden van de ChristenUnie onderkende de toenmalige Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid dit overigens ook. Opmerkelijk genoeg gebruikt hij die redenering vervolgens ter rechtvaardiging van zijn stelling dat de Nederlandse WOR met Richtlijn 2002/14/EG in lijn is.⁶ Begrijp ik het goed, dan bedoelde de Minister te zeggen dat het lidstaten is toegestaan het ondernemingsbegrip uit Richtlijn 2002/14/EG ruimer uit te leggen dan is bedoeld. Dit standpunt van de Minister bevreemdt. Een dergelijke uitleg zou lidstaten de mogelijkheid bieden het toepassingsbereik van Richtlijn 2002/14/EG eenvoudig te beperken. De tewerkstellingsdrempel van 50 werknemers is doorgaans minder snel bereikt in een als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband dan in een rechtspersoon waarvan niet één maar meerdere zelfstandige eenheden onderdeel kunnen uitmaken. Bovendien ontnemt deze uitleg iedere betekenis aan het in Richtlijn 2002/14/EG genoemde vestigingsbegrip. Richtlijn 2002/14/EG biedt lidstaten de keuze de bepalingen toe te passen op ondernemingen met 50 of vestigingen met 20 werknemers. Zou men het ondernemingsbegrip inderdaad ruimer kunnen uitleggen, dan valt niet in te zien waarom met betrekking tot vestigingen een lagere tewerkstellingsdrempel is gehanteerd.

4 Bartman & Dorresteyn (2009), p. 195; Verburg (2007a), p. 88.

5 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 364, nr. 3, p. 3.

6 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 364, nr. 5, p. 2.

Het vestigingsbegrip onderscheidt zich van het ondernemingsbegrip als gehanteerd in de richtlijn doordat een vestiging geen rechtspersoonlijkheid heeft. Het ondernemingsbegrip in de WOR – dat rechtspersoonlijkheid ontbeert – sluit beter aan bij het vestigingsbegrip dan bij het ondernemingsbegrip uit Richtlijn 2002/14/EG. De WOR moet daarom geen tewerkstellingsdrempel van 50 maar van 20 werknemers hanteren. Aanpassing van de WOR is overigens niet noodzakelijk. Op basis van art. 3 WOR dient een ondernemer die twee of meer ondernemingen in stand houdt waarin tezamen ten minste 50 werknemers werkzaam zijn een gemeenschappelijke ondernemingsraad in te stellen indien dat bevorderlijk is voor een goede toepassing van de WOR in de betrokken ondernemingen. Een richtlijnconforme interpretatie noopt tot toepassing van deze bepaling in de situatie dat een ondernemer diverse zelfstandige eenheden in stand houdt waarin per zelfstandige organisatorische eenheid meer dan 20 maar minder dan 50 werknemers werkzaam zijn.⁷

De WOR kent de verplichting tot het instellen van een centrale dan wel groeps-ondernemingsraad indien de ondernemer twee of meer ondernemingen in stand houdt én dit bevorderlijk is voor een goede toepassing van de wet (art. 33 WOR). De verplichting geldt ook voor in een groep verbonden ondernemers die tezamen twee of meer ondernemingsraden hebben ingesteld. De WOR bevat geen definitie van ‘in een groep verbonden ondernemers’. Het wetsontwerp uit 1979 omschreef in art. 1 lid 1 (g) het begrip als ‘*een groep van ondernemers die onderling door zodanige zeggenschapsverhoudingen zijn verbonden dat het handelen of nalaten van een of meer van hen door een of meer andere ondernemers van die groep duurzaam kan worden beheerst*’.⁸ De definitie werd geschrapt met de mededeling dat het, mede ter voorkoming van verwarring, beter was geen definitie in de wet op te nemen. In 2008 oordeelde de Hoge Raad dat een deelneming van meer dan 50% in het geplaatste kapitaal in beginsel leidt tot groepsverbondenheid omdat in dat geval de zeggenschap naar eigen inzicht door de meerderheidsaandeelhouder kan worden bepaald.⁹ De Hoge Raad sluit evenwel niet uit dat ook bij een belang van 51% de omstandigheden van het geval kunnen maken dat een onvoldoende mate van overwegende zeggenschap bestaat. De beschikking maakt duidelijk dat art. 2:24a BW noch art. 2:24b BW maatgevend is voor de uitleg van het groepsbegrip in de WOR. In zijn noot bij de beschikking merkt Holtzer op dat de invulling

7 Indien de ondernemer één onderneming in stand houdt met meer dan 20 en minder dan 50 werknemers is een richtlijnconforme interpretatie overbodig omdat Richtlijn 2002/14/EG dan niet tot instelling van een ondernemingsraad verplicht. In dat geval heeft ook de rechtspersoon (de onderneming) geen 50 werknemers in dienst.

8 *Kamerstukken II* 1975/76, 13 954, nr. 2, p. 1.

9 HR 14 maart 2008, *NJ* 2008/167, *JOR* 2008/94 m.nt. Holtzer (*COR TNT-TNT*).

van het groepsbegrip in het medezeggenschapsrecht is overgelaten aan de omstandigheden van het geval, waarbij de *power to control* de doorslag geeft.¹⁰ Ik sluit mij bij hem aan.

De centrale dan wel groepsondernemingsraad is bevoegd bij aangelegenheden van gemeenschappelijk belang voor alle of de meerderheid van de ondernemingen waarvoor hij is ingesteld. Daarnaast beschikt de centrale dan wel groepsondernemingsraad over eigen bevoegdheden met betrekking tot het concernbeleid respectievelijk het beleid van de ondernemingen waarvoor de groepsondernemingsraad is ingesteld. Gedacht kan worden aan een besluit van de moeder tot het aangaan van een grensoverschrijdende fusie (vgl. paragraaf 7.2.3.7). Op grond van art. 35 WOR is de centrale dan wel groepsondernemingsraad *in plaats van* de afzonderlijke ondernemingsraden bevoegd als het gaat om aangelegenheden die van gemeenschappelijk belang zijn voor alle – of voor de meerderheid van de – tot de groep behorende ondernemingen. Men spreekt wel van exclusieve werking.¹¹ Dat neemt niet weg dat ondernemer(s) en ondernemingsraden in een ondernemingsovereenkomst kunnen afspreken dat bepaalde kwesties op centraal niveau én op afzonderlijk ondernemingsniveau worden behandeld (art. 32 WOR). Het wettelijke systeem laat bovendien ruimte voor advisering enerzijds door de centrale dan wel groepsondernemingsraad over aangelegenheden van gemeenschappelijk belang en advisering anderzijds door de afzonderlijke ondernemingsraad over het (uitvoerings) besluit dat slechts van belang is voor de afzonderlijke onderneming.¹² Het adviesrecht van de afzonderlijke ondernemingsraad heeft dan betrekking op de uitwerking van het beginselbesluit op meer concrete onderdelen (zie nader paragraaf 7.2.3.4).

De ondernemer is verplicht tot het instellen van een gemeenschappelijke ondernemingsraad indien een dergelijke structuur de toepassing van de WOR bevordert (art. 3 WOR). De ondernemer voegt dan een aantal activiteiten voor de toepassing van de WOR samen tot één onderneming in de zin van de WOR en stelt voor die onderneming een gemeenschappelijke ondernemingsraad in. De samengevoegde ondernemingen worden voor de toepassing van de WOR beschouwd als één onderneming. De verplichting afzonderlijke ondernemingsraden in te stellen komt te vervallen.¹³ Een gemeenschappelijke ondernemingsraad kan een oplossing zijn voor de situatie dat één ondernemer of een groep van ondernemers meerdere

10 Holtzer in zijn annotatie bij de beschikking in JOR 2008/94.

11 *Kamerstukken II* 1969/70, 10 335, nr. 3, p. 25. Zie ook Hof Amsterdam (OK) 11 maart 1982 bij HR 7 juli 1982, *ROR* 1971-1984, nr. 84 (*Enka*) en Hof Amsterdam (OK) 10 mei 1990, *NJ* 1992/126, *ROR* 1990, 20 (*HSA*).

12 HR 7 oktober 1998, *NJ* 1999/778, *JAR* 1998/251, *ROR* 2000, 4 (*NS Reizigers*).

13 Wel is het mogelijk voor de voormalige ondernemingen op grond van art. 15 lid 3 WOR een onderdeelcommissie in te stellen. De positie van een onderdeelcommissie is niet gelijk aan die van een ondernemingsraad. De onderdeelcommissie ontbeert procesbevoegdheid en de individuele leden hebben niet dezelfde faciliteiten als de ondernemingsraadsleden. Bovendien bepaalt de gemeenschappelijke ondernemingsraad welke bevoegdheden worden gedelegeerd zonder dat het personeel van de onderdelen hierop invloed heeft. Deze consequenties zijn overigens hetzelfde indien de onderdeelcommissie is ingesteld bij een ondernemingraad.

ondernemingen in stand houdt die zo sterk met elkaar samenhangen dat instelling van afzonderlijke ondernemingsraden weinig zin heeft, omdat hetzij de omvang hetzij de werkzaamheden die deze ondernemingsraden verrichten te gering is.¹⁴ De ondernemer kan ook tot instelling gehouden zijn indien twee of meer ondernemingen afzonderlijk niet, maar gezamenlijk wel aan het getalscriterium van art. 2 WOR voldoen.¹⁵ Deze plicht kan voortvloeien uit een richtlijnconforme interpretatie van Richtlijn 2002/14/EG (zie hiervoor). Een voorbeeld van een situatie waarin de instelling van een gemeenschappelijke ondernemingsraad niet bevorderlijk werd geacht voor de toepassing van de WOR, biedt de uitspraak van de kantonrechter Rotterdam van 3 maart 2011.¹⁶ De ondernemer wilde vooruitlopend op de integratie van de activiteiten van verschillende ondernemingen een gemeenschappelijke ondernemingsraad instellen. De kantonrechter overwoog dat het centralisatieproces nog niet het stadium had bereikt dat instelling van een gemeenschappelijke ondernemingsraad bevorderlijk was voor de toepassing van de WOR. Vanwege de nauwe verbondenheid tussen de afzonderlijke ondernemingen achtte de kantonrechter Haarlem in zijn uitspraak van 8 april 2013 de instelling van een gemeenschappelijke ondernemingsraad wel bevorderlijk voor de toepassing van de WOR.¹⁷

7.2.3 Het adviesrecht van art. 25 WOR

7.2.3.1 Complicaties tussen art. 25 WOR en boek 2 BW

Art. 25 WOR bepaalt dat de ondernemingsraad door de *ondernemer* in de gelegenheid wordt gesteld advies uit te brengen over *elk door hem* voorgenomen besluit tot (...). De ondernemer is de (rechts)persoon die de onderneming in stand houdt. De contacten tussen de ondernemer en de ondernemingsraad lopen krachtens art. 23 WOR doorgaans via de bestuurder.¹⁸ Het is evenwel de algemene vergadering die het besluit tot grensoverschrijdend fuseren neemt (art. 2:317 BW).¹⁹ Hoe moet men in de optiek van art. 25 WOR hiermee omgaan?

Een bekend voorbeeld van een soortgelijke situatie speelde in de *Heuga* beschikking van de Hoge Raad uit 1994.²⁰ De algemene vergadering van Interface

14 Beschikking van de Minister van Sociale Zaken 4 juli 1974, nr. 21336, *SMA* 1974, p. 50 en Beschikking van de Minister van Sociale Zaken 27 november 1975, nr. 108607, *SMA* 1976, p. 258.

15 Beschikking van de Minister van Sociale Zaken 30 juni 1980, nr. 20351.

16 Ktr. Rotterdam 3 maart 2011, *JAR* 2011/233 m.nt. Zaal (*Stichting Hefgroep*).

17 Ktr. Haarlem 8 april 2013, *JAR* 2013/151 (*Baker Hughes*).

18 De statutair bestuurder is niet per definitie bestuurder in de zin van de WOR. De bestuurder in de zin van de WOR is degene die alleen dan wel tezamen met anderen in een onderneming rechtstreeks de hoogste zeggenschap uitoefent bij de leiding van de arbeid (art. 1 lid 1 (e) WOR). Laat de statutair bestuurder de dagelijkse leiding in het bedrijf over aan een bedrijfsleider, dan is doorgaans de bedrijfsleider bestuurder in de zin van de WOR.

19 Voor de volledigheid merk ik op dat de verkrijgende vennootschap onder omstandigheden bij bestuursbesluit tot fusie kan besluiten (art. 2:331 BW).

20 HR 26 januari 1994, *NJ* 1994/545 m.nt. Ma, *JAR* 1994/32 (*Heuga*).

Heuga BV besloot de vrijwillig toegepaste structuurregeling te verlaten en wilde de statuten daarmee in lijn brengen. De ondernemingsraad van Heuga Nederland BV (de dochteronderneming) maakte aanspraak op een adviesrecht op grond van art. 25 lid 1 (e) WOR. De problemen die verband hielden met het concernverband komen ter sprake in paragraaf 7.2.3.5. Ik beperk me hier tot het aspect dat de Hoge Raad – in navolging van de OK – de (moeder)ondernemer adviesplichtig achtte voor het door de aandeelhoudersvergadering van Interface Heuga BV genomen besluit tot statutenwijziging. In de eerste reacties op de *Heuga* beschikking werd gesteld dat het besluit van de algemene vergadering werd toegerekend aan de (moeder)ondernemer Interface Heuga BV.²¹ Inmiddels is de opvatting dat toerekening hier niet speelde, omdat het ging om een besluit van een orgaan van de vennootschap en het besluit reeds daarom een besluit van de (moeder)ondernemer betrof.²² Dat lijkt mij juist. Art. 25 WOR spreekt over een besluit van de *ondernemer* zijnde de rechtspersoon en de rechtspersoon wordt vertegenwoordigd door zijn organen. Toerekening kan wel aan de orde zijn bij een besluit van de (meerderheids) aandeelhouder. Dan wordt het besluit niet genomen door de algemene vergadering als orgaan, maar door één of een aantal van haar leden. De WOR kent aan de ondernemingsraad geen medezeggenschapsbevoegdheden toe tegenover de aandeelhouder(s), zodat toerekening aan de ondernemer nodig is om het besluit binnen de reikwijdte van art. 25 WOR te brengen.

Bij een grensoverschrijdende fusie is de algemene vergadering het tot besluitvorming bevoegde orgaan. De rechtspraak leert dat het besluit zich daarmee kwalificeert als een besluit van de ondernemer. Aan de techniek van toerekening komt men niet toe. Dat betekent niet dat de algemene vergadering het advies aan de ondernemingsraad (dan wel de centrale ondernemingsraad als dit orgaan is ingesteld en de betrokken ondernemingsraden overkoepelt) vraagt. De WOR voorziet niet in geformaliseerd overleg tussen de algemene vergadering en de ondernemingsraad. De bestuurder in de zin van de WOR is als vertegenwoordiger van de ondernemer de feitelijke gesprekspartner van de ondernemingsraad (art. 24 lid 5 WOR). Daarnaast geldt bij art. 25 WOR als uitgangspunt dat zij die het krachtens hun rechtspositie in de vennootschap in hun macht hebben de bedoelde besluiten te nemen het advies van de ondernemingsraad vragen alvorens tot besluitvorming wordt overgegaan. De wet vereist dat op voorstel van het bestuur tot fusie wordt besloten (art. 2:312 BW). Het is ook op deze grond het bestuur dat op basis van het door hem geformuleerde fusievoorstel advies vraagt indien het voorgenomen besluit tot grensoverschrijdend fuseren aan de voorwaarden van art. 25 WOR voldoet. Het feit dat vooraf niet altijd valt in te schatten wat de algemene vergadering zal besluiten, doet hier niet aan af. Op het moment dat duidelijk wordt hoe de algemene vergadering besluit, is van een voorgenomen besluit geen sprake meer. Bovendien

21 Maeijer in zijn annotatie bij de Heuga beschikking van de OK in *NJ* 1993/210; Rood (1995), p. 261-262.

22 Sprengers (2011), p. 97; Verburg (2007a), p. 156.

kan de algemene vergadering louter positief of negatief op het fusievoorstel beslissen en ontbeert zij de bevoegdheid het fusievoorstel nader vorm te geven.

De algemene vergadering is doorgaans het tot besluitvorming bevoegde orgaan bij besluiten die betrekking hebben op de vennootschappelijke structuur van de ondernemer. Dat brengt mij tot een tweede interessant aspect in relatie tot boek 2 BW: het feit dat het (voor)genomen fusiebesluit een wijziging aanbrengt in de vennootschapsstructuur, terwijl art. 25 WOR de ondernemingsraad een adviesrecht geeft bij strategische besluiten die de onderneming aangaan. Feitelijk beschouwd heeft het vennootschappelijke fusiebesluit betrekking op de ondernemer en niet op de onderneming.

Hoewel de wetgever het vennootschapsrecht en het medezeggenschapsrecht heeft willen scheiden,²³ blijkt uit de rechtspraak dat het onderscheid tussen ondernemer en onderneming niet zo strikt moet worden toegepast. Wanneer het besluit op vennootschapsniveau ingrijpt in de arbeidsorganisatie op een wijze zoals opgesomd in art. 25 lid 1 WOR moet het besluit ter advies aan de ondernemingsraad worden voorgelegd. Het vennootschapsrecht wordt in zekere zin met het medezeggenschapsrecht verweven en de begrippen onderneming en ondernemer worden ruimhartig aan elkaar gelijkgesteld. Een voorbeeld biedt de *Intergas* beschikking uit 2003.²⁴ Het ging om een besluit tot statutenwijziging. De OK overwoog: ‘*voorzover het betoog van Intergas erop steunt dat een statutenwijziging als hier aan de orde, uitsluitend betrekking heeft op de structuur van en de verdeling van de bevoegdheden binnen de vennootschap en er reeds om die reden geen sprake kan zijn van een besluit tot wijziging van de organisatie van onderscheidenlijk de bevoegdheden binnen de onderneming, faalt dat betoog. Een dergelijk onderscheid tussen de rechtspersoon en de onderneming moet worden gekenschetst als kunstmatig waar het de toepassing van de Wet op de ondernemingsraden betreft*’.

In de zaak die leidde tot de *Intergas* beschikking betrof de voorgenomen statutenwijziging de naam, het doel, het maatschappelijk kapitaal en het openstellen van het aandeelhouderschap voor niet-publieke lichamen. Dat had te weinig om het lijf om het besluit binnen het bereik van art. 25 WOR te brengen. In de *VLM I* beschikking uit 2010 kende de OK aan de ondernemingsraad wel een adviesrecht toe over een besluit tot statutenwijziging.²⁵ Reden was dat het besluit een belangrijke beleidswijziging in de organisatie tot gevolg had. In de *Stichting MEE Zeeland* beschikking uit 2005 zag de voorgenomen wijziging van de statuten onder meer op het aantal bestuursleden op wier benoeming de werknemers van de stichting invloed konden uitoefenen. Dat aantal werd teruggebracht van twee naar

23 *Kamerstukken II* 1996/97, 14 165, nr. 28, p. 30.

24 Hof Amsterdam (OK) 30 december 2003, *JAR* 2004/45, *JOR* 2004/102 (*Intergas*).

25 Hof Amsterdam (OK) 14 oktober 2010, *JAR* 2010/309, *RO* 2011/11 (*VLM I*). Het tegen deze beschikking ingestelde cassatieberoep werd door de Hoge Raad verworpen met verwijzing naar art. 81 Wet RO, HR 3 februari 2012, *JAR* 2012/71, *ARO* 2012, 23.

een. De OK overwoog dat reeds op die grond moeilijk een ander conclusie kon worden getrokken dan dat sprake was van een belangrijke verdeling van de bevoegdheden binnen de onderneming.²⁶ Een soortgelijke redenering is te lezen in de hiervoor genoemde *Heuga* beschikking van de Hoge Raad uit 1994. In die zaak leidde het besluit tot afschaffing van de vrijwillig toegepaste structuurregeling op vennootschapsniveau tot een wijziging in de verdeling van de bevoegdheden van de onderneming. Kort en goed: de rechtspraak leert dat de ondernemer het adviesrecht bij een grensoverschrijdend fusiebesluit niet kan omzeilen met de stelling dat het besluit zich richt op de vennootschappelijke structuur van de onderneming.

7.2.3.2 De overdracht van de zeggenschap

De WOR noemt in het bijzonder twee categorieën van adviesplichtige onderwerpen die in het kader van een grensoverschrijdende fusie een rol kunnen spelen. De eerste is de overdracht van de zeggenschap over de onderneming (art. 25 lid 1 (a) WOR). Deze adviesgrond is met de wetwijziging van 1971 aan de WOR toegevoegd. In zuiver technische zin wordt bij een juridische fusie de zeggenschap niet overgedragen. De aan de fusie deelnemende vennootschappen versmelten. In de literatuur neemt men echter aan dat van een overdracht van zeggenschap sprake is indien de onderneming in handen van een andere ondernemer komt.²⁷ Daaraan is bij een juridische fusie voldaan wat de verdwijnende vennootschap(pen) betreft. De juridische entiteit van de ondernemer die de onderneming in stand houdt, wijzigt.²⁸ Ook de overdracht van de zeggenschap aan een buitenlandse partij is adviesplichtig. De buitenlanduitzondering is op art. 25 lid 1 (a) WOR niet van toepassing. Voorts gaat de fusie voor de verdwijnende vennootschap(pen) vrijwel steeds gepaard met één of meer maatregelen ten aanzien waarvan op een andere grond adviesrecht bestaat. Zo leidt de fusie in veel gevallen tot een belangrijke wijziging in de organisatie dan wel verdeling van bevoegdheden en gaat de fusie vroeger of later gepaard met veranderingen in de werkzaamheden. Deze aspecten komen voorafgaand aan de fusie aan de orde in het overleg met de vakorganisaties op basis van de SER Fusiecode.²⁹

26 Hof Amsterdam (OK) 7 december 2005, *JAR* 2006/29 (*Stichting MEE Zeeland*). Een statutenwijziging werd ook onder het bereik van art. 25 WOR gebracht in Hof Amsterdam (OK) 17 november 1983, *NJ* 1984/742 m.nt. Ma (*Stichting X*) en Hof Amsterdam (OK) 16 oktober 1986, *NJ* 1988/331 m.nt. Ma (*ZAO*).

27 Vink & Van het Kaar (2013), p. 163; Roest (1996), p. 218-219.

28 Dit is wellicht anders indien het een *upstream* grensoverschrijdende juridische fusie tussen een moeder- en dochtervennootschap betreft. De zeggenschap ligt dan reeds voorafgaand aan de fusie feitelijk bij de moeder. Aan de andere kant heeft de dochter (bestuurs)autonomie ten opzichte van haar onderneming. Nu die (bestuurs)autonomie als een gevolg van de fusie komt te vervallen, meen ik dat ook bij een *upstream* moeder-dochterfusie sprake is van een overdracht van de zeggenschap in de zin van de WOR. De fusie heeft tot gevolg dat de moedervennootschap de ondernemer wordt die het over de onderneming voor het zeggen krijgt. Deze regel geniet uitzondering indien de directie van de dochter reeds voor de fusie in handen van de moeder was.

29 SER-Besluit Fusiegedragsregels 2000 ter bescherming van de belangen van de werknemers.

Hoe pakt de beoordeling uit ten aanzien van de ondernemingsraad die is ingesteld bij de verkrijgende vennootschap?³⁰ Nu treedt er geen verandering op in de juridische entiteit van de ondernemer in de zin van art. 25 lid 1 (a) WOR. Toch kan onder bepaalde omstandigheden sprake zijn van een overdracht van de zeggenschap over de onderneming die door de verkrijgende vennootschap in stand wordt gehouden. Ik heb de situatie in gedachten dat de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap(en) een meerderheidsbelang in de verkrijgende vennootschap verkrijgen. De juridische entiteit van ondernemer wijzigt weliswaar niet, maar de machtsverhoudingen binnen de ondernemer veranderen wel.

Voor deze zienswijze put ik inspiratie uit het *PUEM* arrest van 1989 dat handelde over een aandelentransactie.³¹ In kort geding oordeelde het Hof Amsterdam dat een overdracht van zeggenschap in de ondernemer (de vennootschap) leidde tot een overdracht van zeggenschap over de onderneming die door deze ondernemer in stand werd gehouden. Het argument dat de onderneming in handen bleef van de *PUEM* en het niet meer was dan een individuele beslissing van de aandeelhouders tot overdracht van de zeggenschap over de vennootschap, kon volgens het Hof niet worden aanvaard. Reden was dat daarmee de belangrijkste methode waarmee fusies en overnames tot stand komen niet zou vallen binnen de reikwijdte van art. 25 lid 1 (a) WOR. Bedacht moet worden dat *PUEM* een uitspraak is in kort geding en dat OK noch Hoge Raad zich tot dusver over deze materie heeft uitgelaten.³² Desondanks gaat de literatuur er sinds het *PUEM* arrest vanuit dat een aandelenoverdracht van een meerderheidsbelang in de ondernemer valt onder de reikwijdte van art. 25 lid 1 (a) WOR, zeker bij steunverlening door het bestuur van de ondernemer.³³ Deze benadering acht ik juist. Het meerderheidsbelang biedt de nieuwe aandeelhouder(s) de bevoegdheid de statutair bestuurders te benoemen en te ontslaan en geeft de kopende partij indirect de zeggenschap het personeelsbeleid van de onderneming te bepalen.

30 Het besluit tot grensoverschrijdend fuseren van de verkrijgende vennootschap zal vaak eveneens voldoen aan het criterium van art. 25 lid 1 (b) WOR (zie paragraaf 7.2.3.3).

31 Hof Amsterdam 27 juli 1989, *NJ* 1990/734 (*PUEM*).

32 Ook in Hof Amsterdam (OK) 20 oktober 2005, *JAR* 2005/283, *ARO* 2005, 191 (*SSH*) ging het om een overdracht van aandelen. In deze zaak stond tussen partijen evenwel niet ter discussie dat het besluit aan de ondernemer viel toe te rekenen (zie r.o. 3.1). In de beschikking van het Hof Amsterdam (OK) 20 februari 2013, *JAR* 2013/120 (*Schenker Rail Nederland*) richtte het verzoek van de ondernemingsraad zich slechts tot het besluit van het bestuur tot steunverlening en was de moeder als aandeelhouder niet in de procedure betrokken. De OK kon zich in de procedure daarom niet uitlaten over de vraag of het adviesrecht zich eveneens uitstrekte tot het besluit van de moeder tot de aandelenoverdracht.

33 Rood & Verburg (2013), p. 292; Van Schilfgaarde & Winter (2009), p. 264; Verburg (2007a), p. 169-179; Van den Hoek (2000), p. 144-146; Roest (1996), p. 196-197; Van het Kaar (1993), p. 92-94; Roos (1991), p. 100-101. Het brede palet aan mogelijke feitelijke constellaties heeft de literatuur geïnspireerd tot de vervreemders- en verkrijgersvisie. Zie hierover o.a. Van den Hoek (2000), p. 144 en Van den Ingh (1994), p. 121-122. Verburg (2007a), p. 171 hanteert een medezeggenschapsrechtelijke benadering die uitgaat van een rationele uitleg van de WOR. Ik sluit mij bij hem aan.

Ik keer terug naar de grensoverschrijdende fusie. De overweging uit het *PUEM* arrest kan worden doorgetrokken naar een (voor)genomen besluit tot grensoverschrijdend fuseren in het geval dat de ondernemer die de ondernemingsraad heeft ingesteld als de verkrijgende vennootschap optreedt. Uiteraard gaat het bij een juridische fusie niet om de verkoop van aandelen. In plaats daarvan wordt het vermogen van de ondernemer samengevoegd met het vermogen van een derde. Dit onderscheid moet naar mijn mening niet worden overschat in het kader van art. 25 lid 1 (a) WOR. Ook bij een juridische fusie treedt een verandering op in de hoedanigheid van de aandeelhouders aangezien de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap(en) van rechtswege aandeelhouder worden van de verkrijgende vennootschap. Of kan worden gesproken van een *overdracht van de zeggenschap* zoals bedoeld in art. 25 lid 1 (a) WOR is afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval. Relevant is de aandelenverhouding na voltooiing van de fusie. Zeker wanneer de fusie tot gevolg heeft dat de aandeelhouders van de fusiepartner na de fusie een meerderheidsbelang in de ondernemer verkrijgen, kan in beginsel worden gesteld dat vanuit het perspectief van de verkrijgende vennootschap een overdracht van de zeggenschap heeft plaatsgevonden. Het gaat om de gedachte dat de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap het na de fusie binnen de algemene vergadering van de verkrijgende vennootschap voor het zeggen krijgen. Dan valt als gevolg van de fusie een ander beleid in de onderneming te verwachten. Met de medezeggenschapsidee die aan de WOR ten grondslag ligt, verdraagt zich niet dat de ondernemingsraad recht op medezeggenschap heeft indien de juridische entiteit van de ondernemer wijzigt maar dat recht niet heeft wanneer de juridische entiteit hetzelfde blijft maar de zeggenschap feitelijk in handen van een andere ondernemer komt.

In *PUEM* overwoog het Hof Amsterdam nog dat – naast het gegeven dat 99,6% van de aandelen werd gehouden door de provincie – zes van de tien commissarissen werden benoemd door gedeputeerde staten, de overige vier door coöptatie en alle belangrijke besluiten van de directie onderworpen waren aan de goedkeuring van zowel de raad van commissarissen als de algemene vergadering. Moet men hieruit afleiden dat bij de verkoop van een meerderheidsbelang bijkomende omstandigheden nodig zijn om de zeggenschap over de onderneming over te dragen? Dat lijkt mij niet. Het Hof Amsterdam oordeelde aan de hand van de in die casus aanwezige feiten, zodat op basis van het *PUEM* arrest niet kan worden geconcludeerd dat de enkele verkoop van het meerderheidsbelang onvoldoende is. Discussie bestaat wel over de vraag of een overdracht van een 50% aandelenbelang in de vennootschap genoeg is om van een overdracht van de zeggenschap te kunnen spreken. Naar mijn mening zijn in dat geval bijkomende omstandigheden vereist, zoals aan het belang verbonden statutaire dan wel contractuele zeggenschapsrechten.³⁴

34 In gelijke zin Verburg (2007a), p. 169. Verburg verwijst ter nadere motivering naar de SER Fusiecode. Anders Roest (1996), p. 199-202; Van het Kaar (1993), p. 93.

7.2.3.3 De overname van de zeggenschap en de buitenlanduitzondering

Indien de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap(pen) geen zeggenschap verkrijgen over de onderneming van de Nederlandse verkrijgende vennootschap, kan de ondernemingsraad van de verkrijgende vennootschap geen adviesrecht claimen op basis van art. 25 lid 1 (a) WOR. In dat geval biedt art. 25 lid 1 (b) WOR aan de ondernemingsraad een mogelijk adviesrecht. Deze grond geeft de ondernemingsraad recht op advies bij een voorgenomen besluit tot *‘het vestigen van, dan wel het overnemen of afstoten van de zeggenschap over, een andere onderneming, alsmede het aangaan van, het aanbrengen van een belangrijke wijziging in of het verbreken van duurzame samenwerking met een andere onderneming, waaronder begrepen het aangaan, in belangrijke mate wijzigen of verbreken van een belangrijke financiële deelneming vanwege of ten behoeve van een dergelijke onderneming’*. In tegenstelling tot de a-grond heeft de b-grond betrekking op een andere onderneming. De wetgever achtte het in 1979 noodzakelijk over dergelijke besluiten een adviesrecht op te nemen omdat de transacties gevolgen kunnen hebben voor de onderneming waarvoor de ondernemingsraad is ingesteld.³⁵

Vanuit het perspectief van de verkrijgende vennootschap heeft de fusie doorgaans tot gevolg dat zeggenschap wordt verkregen over de onderneming(en) van de verdwijnende vennootschap(pen). De zeggenschap wordt overgenomen. Valt de fusie eventueel ook te kwalificeren als het aangaan van een duurzame samenwerking met een andere onderneming? Uit de wettekst blijkt dat onder meer het aangaan van een belangrijke financiële deelneming vanwege of ten behoeve van een andere onderneming hieronder wordt begrepen. Daarvan is bij een grensoverschrijdende juridische fusie sprake. De wettekst maakt niet duidelijk of het aangaan van een belangrijke financiële deelneming als zodanig reeds tot een duurzame samenwerking leidt of dat het slechts een indicatie biedt zodat bijkomende omstandigheden zijn vereist. Voor een grensoverschrijdende fusie maakt dit geen verschil. De ondernemingen gaan als een gevolg van de fusie vaak een gemeenschappelijk of op elkaar afgestemd beleid voeren op basis waarvan een duurzame samenwerking tot stand komt.³⁶

De WOR heeft territoriale werking. De vraag rijst of de ondernemingsraad het adviesrecht toekomt indien de andere onderneming waarover art. 25 lid 1 (b) WOR

³⁵ *Kamerstukken II* 1967/77, 13 954, nr. 12, p. 12 en nr. 110, p. 10.

³⁶ In Hof Amsterdam (OK) 20 januari 2011, *JAR* 2011/69 m.nt. Knipschild, *RO* 2011, 34 (*Nederlandse Patiënten Consumenten Federatie*) schaarde de OK de intentie van twee ondernemers om te komen tot een fusie onder het bereik van een duurzame samenwerking. Zie over deze beschikking de annotatie van Sprengers in *TRA* 2011/72. Van een duurzame samenwerking was geen sprake bij het uitbesteden van werkzaamheden (Hof Amsterdam (OK) 19 april 1990, *NJ* 1992/125 (*Campina*)) en het gezamenlijk huren van een kantoorruimte (Hof Amsterdam (OK) 20 juli 2005, *JAR* 2005/219 (*OR Arbeidsinspectie/Nederlandse Staat*)).

spreekt in het buitenland is gelegen. Het antwoord luidt in beginsel ontkennend. De buitenlandclausule die aan het slot van art. 25 lid 1 WOR is opgenomen stelt de grond buiten toepassing wanneer de andere onderneming in het buitenland is gevestigd of wordt³⁷ én redelijkerwijs niet te verwachten is dat het voorgenomen besluit belangrijke gevolgen voor de Nederlandse onderneming heeft. Met belangrijke gevolgen is bedoeld op de in art. 25 lid 1 onder c tot en met f WOR genoemde omstandigheden. Er is dus slechts adviesrecht indien redelijkerwijs te verwachten is dat het besluit voor een onderneming van de verkrijgende Nederlandse vennootschap leidt tot (c) een beëindiging van de werkzaamheden, (d) een belangrijke inkrimping, uitbreiding of andere wijziging van de werkzaamheden, (e) een belangrijke wijziging in de organisatie of van de verdeling van de bevoegdheden of (f) een wijziging van de plaats waar de werkzaamheden worden uitgeoefend. Uit de wetgeschiedenis blijkt dat dergelijke effecten te verwachten zijn indien de buitenlandse onderneming (i) in verhouding tot de Nederlandse onderneming van aanzienlijke omvang is, (ii) behoort tot dezelfde of een nauw verwante branche als de Nederlandse onderneming en/of (iii) op dezelfde of nagenoeg dezelfde markt werkzaam is.³⁸

Nu het gaat om een uitzondering op de buitenlandclausule is het de ondernemingsraad die moet aantonen dat de overname van de buitenlandse onderneming naar redelijke verwachting zal leiden tot een adviesplichtig besluit van de in Nederland gevestigde onderneming(en). In één van de weinige uitspraken over dit onderwerp delfde de centrale ondernemingsraad het onderspit. De centrale ondernemingsraad claimde een adviesrecht met betrekking tot de verkoop van een buitenlands onderdeel van de ING Groep. De kantonrechter overwoog in kort geding dat de door de centrale ondernemingsraad overgelegde algemene cijfers ter zake van de omvang van de doorberekende overheadcijfers, het geschatte aandeel personeelslasten daarin en een schatting van de loonkosten per personeelslid onvoldoende bewijs opleverde voor de stelling dat sprake was van een belangrijke inkrimping van de werkzaamheden.³⁹

37 Indien de buitenlandse ondernemer (de verdwijnende vennootschap) in zowel het buitenland als in Nederland ondernemingen houdt, is voor de toepassing van de buitenlandclausule relevant waar het zwaartepunt van de ondernemingsactiviteiten zich bevindt. Ligt het zwaartepunt in Nederland, dan zal bij een grensoverschrijdende fusie niet snel aan de buitenlandclausule worden toegekomen.

38 *Handelingen II* 1978/79, 13 954, 20 september 1978, p. 69. Het voldaan zijn aan één of meer criteria is een sterke aanwijzing dat de betreffende gevolgen inderdaad te verwachten zijn. Het staat de ondernemer echter te allen tijde vrij omstandigheden aan te dragen voor het tegendeel. Indien aan geen van de criteria is voldaan, kan de ondernemingsraad aan de hand van andere omstandigheden trachten aan te tonen dat de genoemde werkgelegenheidseffecten te verwachten zijn. Bij een grensoverschrijdende fusie kan men denken aan de situatie dat de ondernemer het voornemen heeft de onderneming in de toekomst naar het buitenland te verplaatsen. Het commentaar bij de Fusiegedragsregels 2000 neemt dit ook als uitgangspunt, Commentaar 2000, p. 51. Zie nader over dit onderwerp Verburg (2007a), p. 218-219.

39 Ktr. Amsterdam 26 juli 2012, *JAR* 2012/235, *JOR* 2012/319 m.nt. Beltzer (*ING Groep*). De centrale ondernemingsraad had de zaak aangebracht bij de rechtbank en niet bij de OK omdat de ING Groep nog geen besluit had genomen. De ondernemingsraad trachtte via het kort geding te verhinderen dat de ING Groep een besluit zou nemen zonder het adviestraject volledig te hebben doorlopen.

De ondernemingsraad is voor de bewijslevering niet afhankelijk van de informatie die in het gezamenlijke fusievoorstel is gegeven. Op grond van art. 31 lid 1 WOR is de ondernemer verplicht aan de ondernemingsraad de inlichtingen te verschaffen die de ondernemingsraad redelijkerwijs meent nodig te hebben voor de vervulling van zijn taak. Hoewel uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het ‘redelijkerwijs nodig hebben voor hun taak’ een objectieve norm betreft,⁴⁰ heeft de OK sinds 2003 meermalen geoordeeld dat het in beginsel niet aan de ondernemer maar aan de ondernemingsraad is zich een oordeel te vormen over de vraag welke informatie hij nodig heeft.⁴¹

7.2.3.4 De bevoegdheidsverdeling bij het bestaan van verschillende ondernemingsraden

Bij een adviesplichtig besluit tot grensoverschrijdend fuseren kan discussie ontstaan over de vraag welke ondernemingsraad adviesrecht toekomt indien de Nederlandse deelnemende vennootschap een centrale ondernemingsraad en meerdere afzonderlijke ondernemingsraden heeft ingesteld. Indien de fuserende vennootschap deel uitmaakt van een concern zal aan het besluit tot fuseren vaak een instructiebesluit van de moeder ten grondslag liggen. Het instructiebesluit dat op concernniveau is voorgenomen (en waarover aan de centrale ondernemingsraad een adviesrecht kan toekomen) moet door de dochtervennootschap die fuseert worden uitgevoerd. Dat de ondernemingsraad van de dochter over dit laatste besluit een adviesrecht heeft (mits aan de criteria van art. 25 WOR lid 1 is voldaan), sluit aan bij de rechtspraak waarin het besluit op concernniveau wordt gezien als een aanwijzing aan het bestuur van de dochtervennootschap die over de uitvoering zelfstandig beslist.⁴²

Gaat het om een enkelvoudige vennootschap dan zullen de effecten van de grensoverschrijdende fusie zich doorgaans voordoen ten opzichte van meerdere of alle ondernemingen die door de ondernemer in stand worden gehouden. Dan gaat het om een aangelegenheid van gemeenschappelijk belang en komt het adviesrecht de centrale ondernemingsraad toe. Dit is altijd het geval indien de Nederlandse vennootschap bij de fusie als de verdwijnende vennootschap optreedt. Het kan anders liggen indien de Nederlandse vennootschap bij de fusie als verkrijgende vennootschap optreedt. Zo is denkbaar dat de werkgelegenheidseffecten waarover de buitenlanduitzondering spreekt zich tegenover slechts één Nederlandse onder-

40 *Kamerstukken II* 1976/77, 13 954, nr. 6, p. 41.

41 Zie o.a. Hof Amsterdam (OK) 19 juli 2010, *JAR* 2010/213, *JOR* 2010/268 m.nt. Holtzer (*Media Groep Limburg*); Hof Amsterdam (OK) 12 december 2003, *JAR* 2004/26 m.nt. Beltzer (*BBA Personenvervoer*). Wel zal de ondernemingsraad concreet moeten aangeven welke informatie hij nodig heeft (Hof Amsterdam (OK) 12 oktober 2007, *JAR* 2007/300 (*J. van den Berg & Zoon Waddinxveen B.V.*)).

42 Hof Amsterdam (OK) 29 augustus 1985, *NJ* 1986/578 (*Howson Algraphy*); Hof Amsterdam (OK) 10 maart 1994, *NJ* 1995/374, *JAR* 1994/74, *ROR* 1994, 18 (*Nering Bögel*); Hof Amsterdam (OK) 23 oktober 1997, *NJ* 1998/612, *JAR* 1997/244 (*Nedlin*).

neming manifesteren. De problematiek laat zich illustreren aan de hand van het volgende voorbeeld:

Een Nederlandse BV en een Duitse AG willen fuseren. De Nederlandse BV treedt bij de fusie op als de verkrijgende vennootschap. De Nederlandse BV houdt binnen Nederland vijf ondernemingen in stand. Vier van de vijf ondernemingen hebben een eigen ondernemingsraad. Daarnaast heeft de ondernemer een centrale ondernemingsraad ingesteld. De Duitse AG is van geringe omvang en binnen een ander marktsegment actief. Uit het fusievoorstel blijkt evenwel dat wordt nagedacht over de sluiting van één van de grotere ondernemingen van de Nederlandse BV. Dit laatste aspect stelt de buitenlanduitzondering buiten toepassing. Zowel de ondernemingsraad van de betreffende onderneming als de centrale ondernemingsraad claimt op grond van art. 25 lid 1 (b) WOR een adviesrecht.

De rechtspraak leert dat het feit dat het besluit zich slechts tot één onderneming richt (bijvoorbeeld de sluiting van een vestiging) niet betekent dat van een gemeenschappelijke aangelegenheid geen sprake kan zijn. Bepalend is of het besluit een onderwerp behelst dat betrekking heeft op de ondernemer (of het concern) in het geheel en in dat verband meerdere ondernemingen raakt.⁴³ Nu de te verwachten werkgelegenheidseffecten op de betreffende onderneming deel uitmaken van het fusievoorstel als zodanig en de fusie alle ondernemingen omvat, meen ik dat in het bovengenoemde voorbeeld de adviesbevoegdheid bij de centrale ondernemingsraad ligt. Een aanvullend argument is te vinden in de tekst van de buitenlanduitzondering. De tekst maakt duidelijk dat voor het adviesrecht niet nodig is dat de gevolgen zich voordoen bij de Nederlandse onderneming waarvoor een ondernemingsraad is ingesteld. De gevolgen kunnen zich eveneens manifesteren bij een andere Nederlandse onderneming die door de ondernemer in stand wordt gehouden. In die lezing heeft niet alleen de ondernemingsraad van de onderneming waarin de effecten mogelijk optreden, maar hebben ook de drie overige ondernemingsraden een adviesrecht. Dit is een nadere indicatie dat sprake is van een gemeenschappelijk belang waardoor de bevoegdheden van de afzonderlijke ondernemingsraden van rechtswege overgaan op de centrale ondernemingsraad.

Het bovenstaande neemt niet weg dat eveneens aan de afzonderlijke ondernemingsraad adviesrecht kan toekomen. Denk aan de situatie dat het besluit door de ondernemer is voorgenomen en vervolgens intern – binnen een betreffende onderneming – wordt uitgevoerd. Dat speelt in het bovengenoemde voorbeeld. In de *NS Reizigers* beschikking uit 1998 oordeelde de Hoge Raad dat het wettelijke systeem ruimte laat voor advisering enerzijds door de centrale ondernemingsraad over aangelegenheden van gemeenschappelijk belang en advisering anderzijds door

⁴³ Hof Amsterdam (OK) 30 augustus 1984, *NJ* 1985/475 m.nt. Ma (*Amfas*); Hof Amsterdam (OK) 16 maart 2000, *JAR* 2000/80, *JOR* 2000/122 (*Philips Lighting*). Deze benadering wordt ook in de rechtspraak buiten de OK gehuldigd. Zie Ktr. Amsterdam 14 november 2011, *JAR* 2011/302 m.nt. Nekeman (*Telegraaf Media Groep*) en Rb. Almelo 28 juli 1995, *ROR* 1995, 23 (*Coveco*).

de afzonderlijke ondernemingsraad over de specifieke uitwerking van het besluit voor de afzonderlijke onderneming(en).⁴⁴ In de *NS Reizigers* beschikking ging het om twee te onderscheiden besluiten.⁴⁵ Daarvoor is vereist dat de ondernemer met betrekking tot de uitvoering van het besluit vrijheid van keuze toekomt. Is dat niet het geval, dan is sprake van een uitvoeringsbesluit in de zin van art. 25 lid 5 WOR.⁴⁶ Ook dan kan ik mij voorstellen dat het onder omstandigheden mogelijk en wellicht wenselijk is de centrale ondernemingsraad advies te vragen over het voorgenomen besluit op grond van art. 25 lid 1 (met beroepsmogelijkheid) en vervolgens de betrokken afzonderlijke ondernemingsraad over de uitvoering van het besluit op grond van art. 25 lid 5 (zonder beroepsmogelijkheid).⁴⁷

7.2.3.5 De technieken toerekening en medeondernemerschap

Art. 25 is in 1971 in de WOR opgenomen. De tekst luidde indertijd ‘*De ondernemer stelt (...) de ondernemingsraad in de gelegenheid aan hem advies uit te brengen over ene door hem of door een ander bij de onderneming betrokken persoon te nemen besluit tot (...)*’. De memorie van toelichting vermeldt dat de woorden ‘door een ander bij de onderneming betrokken persoon’ wijzen op besluiten van andere in het kader van de onderneming werkzame personen die tot het nemen daarvan bevoegd zijn.⁴⁸ De passage is met de wetwijziging van 1979 geschrapt omdat zij in de praktijk onduidelijk bleek. Art. 25 WOR kent sindsdien als uitgangspunt dat de ondernemer de ondernemingsraad die is ingesteld voor de ondernemingen die hij in stand houdt, om advies vraagt. De formulering houdt geen rekening met de concernverhouding. Om te voorkomen dat de rechtens gerechtvaardigde stem van werknemers binnen de onderneming in de juridische complexe concernverhouding verloren gaat, zijn in de rechtspraak de technieken toerekening en medeondernemerschap ontwikkeld. Via de techniek van toerekening wordt een door een andere ondernemer genomen besluit toegerekend aan de ondernemer die de ondernemingsraad heeft

44 HR 7 oktober 1998, *NJ* 1999/778, *JAR* 1998/251, *ROR* 2000, 4 (*NS Reizigers*).

45 Duk (2000), p. 61-62 meent dat Hoge Raad en OK in de *NS Reizigers* beschikking een doelredenering hanteren, omdat door het ‘construeren’ van een beginselbesluit voor de gehele groep overleg op groepsniveau mogelijk wordt gemaakt.

46 Art. 25 WOR maakt een onderscheid tussen een besluit en een niet voor beroep vatbare uitvoering van dit besluit. Inzake het advies over de uitvoering geeft de WOR geen dwingende voorschriften: de opschortingstermijn voorzien in art. 25 lid 6 WOR geldt niet en evenmin is art. 26 WOR betreffende de mogelijkheid van beroep van toepassing. Van een uitvoeringsbesluit is geen sprake indien het besluit feitelijk leidt tot een nieuw besluit als bedoeld in art. 25 lid 1 WOR. Dit zal doorgaans het geval zijn indien de ondernemer bij de uitvoering op het betreffende terrein nog beleidsvrijheid heeft (vgl. Hof Amsterdam (OK) 13 november 1980, *NJ* 1981/588 m.nt. Ma (*Stichting Pensioenfonds II*)).

47 Al in 1980 wees Maeijer op de mogelijkheid de centrale dan wel groepsondernemingsraad advies te vragen over het voorgenomen besluit op grond van art. 25 lid 1 WOR en de betrokken afzonderlijke ondernemingsraad over de uitvoering van het besluit op grond van art. 25 lid 5 WOR. Zie de annotatie van Maeijer bij de beschikking van het Hof Amsterdam (OK) 21 januari 1982 in *NJ* 1983/31. Meer recent over dit onderwerp Vink & Van het Kaar (2013), p. 266.

48 *Kamerstukken II* 1969/70, 10 335, nr. 3, p. 23.

ingesteld. Medeondernemerschap leidt ertoe dat een andere ondernemer binnen het concern wordt gelijkgesteld met de ondernemer die de ondernemingsraad heeft ingesteld. De techniek van vereenzelviging heeft in het medezeggenschapsrecht geen toegevoegde waarde en laat ik buiten beschouwing.⁴⁹

De literatuur worstelt met de wijze waarop toerekening en medeondernemerschap zich tot elkaar verhouden en met de vraag welke techniek wanneer moet worden toegepast. Verburg brengt een strikt onderscheid aan tussen toerekening enerzijds en medeondernemerschap anderzijds. Hij stelt dat bij toerekening aan de orde is of er adviesrecht is jegens de dochter en dat medeondernemerschap zich richt op de vraag of ook de moeder ten opzichte van dat besluit in rechte kan worden betrokken.⁵⁰ Ook Ingelse meent dat medeondernemerschap niets zegt over de vraag of een besluit van de moeder aan de dochter valt toe te rekenen. In tegenstelling tot Verburg kent Ingelse wel een meer essentiële rol toe aan medeondernemerschap. De toerekeningsvraag komt pas aan de orde indien een besluit dat duidelijk door de één is genomen mogelijk daarnaast aan een ander kan worden toegerekend. Bovendien impliceert medeondernemerschap in zijn visie niet dat ook de dochter per definitie advies moet vragen (en in rechte kan worden betrokken) over een door de moeder genomen besluit. In gevallen dat de moeder als medeondernemer wordt aangemerkt, moet de moeder advies vragen en de dochter slechts voor zover zij zelfstandig op art. 25 WOR niveau een besluit wil of moet nemen.⁵¹ Weer een ander standpunt wordt ingenomen door Van het Kaar. Hij trekt een scheidslijn tussen de situatie waarin het bestuur van de eigen ondernemer niet bevoegd is het besluit te nemen (medeondernemerschap) en de situatie waarin dat wel het geval is (toerekening). Het is de één of de ander.⁵²

Het is in mijn visie lastig op basis van de rechtspraak een helder onderscheid tussen beide technieken aan te brengen. Welke techniek de voorkeur verdient, hangt af van het type besluit dat wordt (voor)genomen en het niveau waarop de besluitvorming geschiedt, alsmede van de concrete omstandigheden van het geval. In de volgende twee paragrafen ga ik meer specifiek na welke rol de beide technieken kunnen vervullen bij een grensoverschrijdend fusiebesluit van een Nederlandse vennootschap die deel uitmaakt van een (buitenlands) concern.

49 Vgl. Ingelse (2012), p. 31; Van het Kaar (2012), p. 24; Sprengers (2011), p. 101; Verburg (2007a), p. 197.

50 Verburg (2007a), p. 191. In de visie van Verburg wordt aan de techniek van medeondernemerschap niet toegekomen indien jegens de ondernemer die de ondernemingsraad heeft ingesteld geen adviesrecht bestaat. Medeondernemerschap dient er slechts toe *ook* de moeder in rechte te kunnen betrekken.

51 Ingelse (2012), p. 31.

52 Van het Kaar (2011), p. 24. Ook Bartman & Dorresteyn (2009), p. 184 hanteren een dergelijk onderscheid.

7.2.3.6 De dochtervennootschap is de aan de fusie deelnemende vennootschap

Nu de algemene vergadering van de dochter het bevoegde orgaan is inzake een besluit tot grensoverschrijdend fuseren, is het binnen concernverhoudingen de moedervennootschap die besluit (mits in de statuten niet anders is overeengekomen). De instructie van de moeder aan de dochter dat tot fusie moet worden besloten, maakt duidelijk hoe de algemene vergadering van de dochter zal besluiten. Dat neemt niet weg dat het bestuur van de dochter het fusieproces dient in te leiden. Met andere woorden: voor de uitvoering van de wil van de moeder is een handeling van het bestuur van de dochter vereist. Een soortgelijke situatie speelde in de *Howson Algraphy* zaak uit 1983.⁵³ Binnen een Brits concern werden de ondernemingen van Algraphy BV en Howson Algraphy Europe BV samengevoegd. De Britse moedervennootschap was enig aandeelhouder van Algraphy BV en had op enig moment tot de bedrijfsfusie besloten. De ondernemingsraad van Algraphy BV claimde een adviesrecht. De OK ging hier niet in mee. Volgens de OK was het bestuur en niet de aandeelhouder bevoegd de bedrijfsfusie in gang te zetten en was van een dergelijk voorstel (nog) niet gebleken. De instructie van de moeder werd niet beschouwd als een besluit van de dochtervennootschap zodat – en zo meen ik net als de AG in zijn conclusie bij de beschikking van de Hoge Raad het te moeten lezen – van toerekening geen sprake kon zijn. De ondernemingsraad moest wachten tot het bestuur van de eigen ondernemer (Algraphy BV) tot besluitvorming overging. De hiertegen gerichte cassatieklachten werden door de Hoge Raad verworpen met verwijzing naar art. 81 Wet RO.

De OK hanteert in de *Howson Algraphy* beschikking een vennootschappelijke benadering. De OK onderkent dat een dochtervennootschap zich niet zomaar kan onttrekken aan instructies van de moedervennootschap. De moeder als (meerderheids)aandeelhouder heeft het immers in haar macht het bestuur van de dochter te schorsen dan wel te ontslaan. Dat laat volgens de OK echter onverlet dat de dochtervennootschap als rechtspersoon naar Nederlandse recht eigen rechten en verplichtingen heeft. Het bestuur van de dochter kent een zekere juridische autonomie en moet handelen naar het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming(en). De *Nering Bögel* beschikking⁵⁴ en de *Nedlin* beschikking⁵⁵ tonen aan dat de concernstrategie bij de belangenafweging gewicht in de schaal legt, maar niet per definitie doorslaggevend is.

Een zelfde benadering geldt bij een besluit tot grensoverschrijdend fuseren. Hoewel bij een grensoverschrijdende fusie de algemene vergadering vennootschappelijk beschouwd tot besluitvorming bevoegd is, dient het fusieproces dwingendrechtelijk

53 HR 11 juli 1984, *NJ* 1985/212 m.nt. Ma (*Howson Algraphy*). Deze beschikking moet worden onderscheiden van de enquêteprocedure die door de moedervennootschap als aandeelhouder van Howson Algraphy BV werd gestart en waarover de OK oordeelde in haar beschikking van 29 augustus 1985, *NJ* 1986/578.

54 Hof Amsterdam (OK) 10 maart 1994, *NJ* 1995/374, *ROR* 1994, 18 (*Nering Bögel*).

55 Hof Amsterdam (OK) 23 oktober 1997, *NJ* 1998/612, *JAR* 1997/244 (*Nedlin*).

door het bestuur te worden ingeleid (art. 2:312 BW). Het is het bestuur van de dochtervennootschap dat besluit of het fusieproces al dan niet wordt opgestart. De instructie van de concernleiding behelst een aanwijzing die door het bestuur van de dochter in een met de fusiepartner(s) op te stellen fusievoorstel moet worden uitgewerkt. Doorgaans doet zich dus geen bijzondere toerekeningsproblematiek voor in de verhouding tot het adviesrecht van de ondernemingsraad. Hoewel de instructie aangeeft hoe de algemene vergadering van de dochter over de fusie zal besluiten, maakt het fusievoorstel van het bestuur van de dochter pas inzichtelijk wat het voornemen en de daaraan verbonden gevolgen voor de werknemers zullen zijn. Voor die tijd zal over deze elementen veelal onvoldoende duidelijkheid bestaan om van een voorgenomen besluit te kunnen spreken.

Dit kan anders zijn indien de moedervernootschap voorafgaand aan de instructie onderhandelingen met de fusiepartner heeft gevoerd waarbij over essentiële punten reeds harde afspraken zijn gemaakt. In de *Howson Algraphy* beschikking overwoog de OK dat de instructie niet meer behelsde dan de uiting van een wens van de aandeelhouder aan het bestuur van de dochtervennootschap. Het ging om een situatie waarbij honderd procent van de aandelen van de dochter in handen was van de moeder. Ik sluit niet uit dat het oordeel van de OK anders zou zijn uitgevallen indien het bestuur van de dochter bij de besluitvorming op moederniveau een rol had gespeeld. Dan kan bij een instructie van de moeder eerder van een (voor) genomen besluit op dochterniveau worden gesproken.⁵⁶ Die gedachte kan worden doorgetrokken naar een besluit tot grensoverschrijdend fuseren. Hoewel het bestuur van de dochtervennootschap tot besluitvorming bevoegd blijft, kan toerekening van

⁵⁶ Toerekening veronderstelt een zekere hiërarchie tussen diegene die het besluit neemt en de ondernemer aan wie het besluit wordt toegerekend. In de *Shell Research* beschikking van 2 april 1987, *NJ* 1988/382 m.nt. Ma, *ROR* 1987, 25 m.nt. Van der Heijden kwam de OK tot toerekening omdat twee leidinggevenden van Shell Research BV (de dochter) nauw betrokken waren bij de besluitvorming op het niveau van SIRM (de moeder) en hadden ingestemd met het besluit van de concernleiding tot een aanzienlijke reductie van het totale programmabudget en het aandeel van het Rijswijkse laboratorium in de reductie van dat budget. In de *VNU Publitec* beschikking van 15 april 2004, *JOR* 2004/165 achtte de OK voor toerekening voldoende dat VNU World Directories Inc. (de moeder) 100% van de aandelen hield in VNU Publitec (de dochter) en het besluit van de moeder leidde tot een belangrijke inkrumping van de werkzaamheden in de onderneming van de dochter. In tegenstelling tot de *Shell Research* zaak had het bestuur van de dochter in de *VNU Publitec* zaak geen bemoeienis gehad met de besluitvorming op concernniveau. Het verschil tussen beide zaken is gelegen in het feit dat de dochter in de *VNU Publitec* zaak uitvoering gaf aan het reorganisatiebesluit van de moeder en stelde zelf geen besluit te hebben genomen. In mijn visie had de uitvoering door de dochter tot gevolg dat de instructie van de moeder - voor het gedeelte dat de instructie de dochter betrof - aan de dochter werd toegerekend. De dochter had het besluit ten opzichte van haar eigen onderneming feitelijk genomen op het moment dat zij tot uitvoering overging. Strikt genomen ging in het deze beschikking dan ook niet om toerekening. Hierdoor was geen bemoeienis van de dochter bij de instructie van de moeder vereist. Zie in dat verband ook de beschikking van 28 april 2004, *ARO* 2004, 72 (*FNV Ledenservice II*) waarin de OK de uitvoering door de dochter van de instructie van de moeder kwalificeerde als een onherroepelijk door de dochter genomen besluit.

belang zijn voor het tijdstip waarop het advies aan de door de dochter ingestelde ondernemingsraad moet worden gevraagd (zie paragraaf 7.2.3.8).

Een andere vraag is of de moedervenootschap als medeondernemer kan worden beschouwd ten opzichte van het door het bestuur van de dochter voorgenomen fusiebesluit. In rechte kan worden volstaan met het aanspreken van de eigen ondernemer. Er valt niettemin iets voor te zeggen *ook* de moeder in rechte te betrekken indien het concernbelang een belangrijk argument van het voornemen tot fuseren betreft.

De *Howson Algraphy* beschikking zegt niets over het medeondernemerschap van de moeder indien de dochter op een later moment tot besluitvorming zou zijn overgegaan. De vraag speelde wel in de *Novio I* beschikking uit 2010.⁵⁷ Grootmoeder Connexxion Holding werd als medeondernemer beschouwd ten opzichte van het besluit van kleindochter Novio tot omvorming van haar onderneming. Andere voorbeelden van zaken waarin de OK medeondernemerschap aannam zijn de *VLM I* beschikking⁵⁸ en de *FNV Ledenservice II* beschikking.⁵⁹

De Hoge Raad heeft de maatstaf voor medeondernemerschap geformuleerd in twee beschikkingen uit 2000.⁶⁰ Voor medeondernemerschap dient aan een drietal vereisten te zijn voldaan. Medeondernemerschap vereist ten eerste dat de moeder rechtstreeks heeft ingrepen in het besluitvormingsproces van het besluit in kwestie door bijvoorbeeld bij vergaderingen aanwezig te zijn en belangrijke correspondentie op haar briefpapier te voeren.⁶¹ Dit alleen is niet voldoende. De moeder dient tevens ten opzichte van de dochter een positie in te nemen die haar stelselmatig een zodanige invloed op de besluitvorming in de onderneming van de dochter verschaft dat gezegd kan worden dat de onderneming mede door de moeder in stand wordt gehouden. Over de invulling van dit tweede criterium bestaat in de literatuur discussie. Ingelse acht het niet nodig dat de invloed van de moeder daadwerkelijk stelselmatig is uitgeoefend. Het is in zijn visie voldoende dat de mogelijkheid

57 Hof Amsterdam (OK) 29 maart 2010, *JAR* 2011/38, *RO* 2011/19 (*Novio I*). Medeondernemerschap werd ook aangenomen in de *Novio II* beschikking van Hof Amsterdam (OK) 10 mei 2011, *JAR* 2011/167, *RO* 2011/50.

58 Hof Amsterdam (OK) 14 oktober 2010, *JAR* 2010/309, *RO* 2011/11 (*VLM I*).

59 Hof Amsterdam (OK) 28 april 2004, *ARO* 2004, 72 (*FNV Ledenservice II*).

60 HR 26 januari 2000, *NJ* 2000/224, *JAR* 2000/46, *ROR* 2000/24 (*Waterschap Polderdistrict Betuwe*) en HR 26 januari 2000, *NJ* 2000/223 m.nt. Ma, *JAR* 2000/30, *JOR* 2000/55 m.nt. Van het Kaar (*Gemeentelijke herindeling*).

61 Deze elementen ontleen ik aan de beschikking van het Hof Amsterdam (OK) 29 maart 2010, *JAR* 2011/38, *RO* 2011/19 (*Novio I*). Ook in de *FNV Ledenservice II* beschikking van 28 april 2004, *ARO* 2004, 72 hadden FNV Bondgenoten en FNV Bouw een zodanige betrokkenheid bij het door de eigen ondernemer FNV Ledenservice genomen opheffingsbesluit dat de OK ten aanzien van allebei tot medeondernemerschap concludeerde.

daartoe bestaat.⁶² De positie welke de invloed verschaft, hoeft niet te zijn ingenomen. Het hebben van deze positie is voldoende. Met andere woorden: een deelneming van meer dan 50% in het geplaatste kapitaal van de dochter maakt dat aan het criterium is voldaan. Het standpunt van Ingelse komt neer op de concern-rechtelijke benadering. Van het Kaar sluit zich bij hem aan.⁶³

Ik onderschrijf het standpunt van Ingelse niet. De Hoge Raad heeft de concern-rechtelijke benadering in het kader van art. 25 WOR reeds in de *Howson Algrahpy* beschikking uit 1983 verlaten. De enige omstandigheid dat een moeder-vennootschap een meerderheid van de of alle aandelen in de dochter houdt, verschaft de moeder geen stelselmatige invloed op de besluitvorming in de onderneming van de dochter. De moeder kan als meerderheidsaandeelhouder weliswaar instructies geven aan de dochter, maar dat geeft de moeder nog geen stelselmatige invloed op het beleid van de dochter. De dochter behoudt als rechtspersoon haar eigen rechten en verplichtingen en moet in dat opzicht handelen naar het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming(en). Dat in de statuten aan de moeder-vennootschap de bevoegdheid tot het geven van algemene en concrete bindende instructies kan toekomen, maakt dit niet anders. Het bestuur van de dochter hoeft de instructies niet op te volgen indien dat in strijd is met het eigen vennootschappelijk belang.⁶⁴ Naar mijn mening moet de invloed gevende positie dus daadwerkelijk zijn ingenomen. Alleen dan kan worden gesteld dat de dochter nog slechts een betrekkelijk geringe autonome invloed op en verantwoordelijkheid voor de besluitvorming in haar onderneming heeft. Een dergelijk streng vereiste is gerechtvaardigd nu de moeder-vennootschap een derde is ten opzichte van de ondernemingsraad die adviesrecht claimt. Risicospreiding is een belangrijk motief voor concernvorming.⁶⁵ Die vrijheid moet niet te eenvoudig worden opzijgezet.

Bij de vraag of de zeggenschap is ingenomen, komt gewicht toe aan de zeggenschapslijnen tussen de moeder en de dochter. In de praktijk dient een dergelijke situatie zich aan bij de combinatie van aandeelhouderschap en de soms aanwezige personele unies tussen de directie van de dochter en de directie van de

62 Ingelse (2012), p. 29-30 komt tot deze conclusie op basis van een grammaticale uitleg. Hij meent dat het woord 'stelselmatig' niet als bijvoeglijk naamwoord van 'invloed' moet worden gelezen, maar als bijwoord van 'verschaffen'. In de combinatie van de woorden 'positie die invloed verschaft' valt volgens Ingelse niet te lezen dat de invloed daadwerkelijk stelselmatig moet worden uitgeoefend. Anders Rood & Verburg (2013), p. 39.

63 Van het Kaar (2012), p. 25.

64 Met de inwerkingtreding van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht per 1 oktober 2012 is de concrete instructiebevoegdheid voor de BV expliciet in de wet verankerd (art. 2:239 lid 4 BW). Asser, Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* (2009), nr. 413 stellen in het licht van deze wijziging dat ook voor de NV het onderscheid tussen algemene en concrete instructies niet meer relevant is, mits de statuten dit bepalen en bij de uitvoering daarvan geen strijd ontstaat met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming(en). Zie in dit verband ook het arrest van de Hoge Raad van 21 december 2001, *NJ* 2005/96, *JOR* 2002/38 (*Sobi/Hurks*).

65 Bartman & Dorresteyn (2009), p. 10.

moeder. Dit was het geval in de *VLM I* beschikking.⁶⁶ Het bestaan van een personele unie is geen hard vereiste. In de *FNV Ledenservice II* beschikking uit 2004 bleek het stelselmatige karakter uit de personele betrokkenheid en het feit dat FNV Ledenservice (de dochter) verplicht was zich te onthouden van het leveren van diensten aan derden.⁶⁷

Ten derde vereist medeondernemerschap dat het besluit valt binnen de sfeer van de bevoegdheden van de dochter. Nu het in deze situatie om het fusiebesluit van de dochter gaat, doen zich op dit punt geen moeilijkheden voor.

7.2.3.7 De moedervennootschap is de aan de fusie deelnemende vennootschap

Fuseert de moedervennootschap van de dochter grensoverschrijdend, dan is daarvoor geen handeling van de dochter nodig. De centrale ondernemingsraad die eventueel op het niveau van de moeder is ingesteld, beschikt op grond van art. 35 lid 1 WOR jegens de moedervennootschap over eigen bevoegdheden met betrekking tot het concernbeleid. Hieronder valt het besluit van de moeder tot het aangaan van een grensoverschrijdende fusie, mits is voldaan aan de criteria van art. 25 lid 1 (a) of (b) WOR. Maar wat als op het niveau van de moeder geen centrale ondernemingsraad is ingesteld? Dit doet zich voor bij het algeheel ontbreken van een centrale ondernemingsraad. Ook is denkbaar dat de centrale ondernemingsraad op een ander niveau binnen het concern is ingesteld. Kan de (centrale) ondernemingsraad die is ingesteld op het niveau van de dochtervennootschap een adviesrecht claimen via de techniek van toerekening dan wel de techniek van medeondernemerschap?

Toerekening vereist dat het besluit van de moeder doorwerkt in de onderneming van de dochter op een wijze dat het besluit ten opzichte van de dochter valt onder één van de adviesgronden van art. 25 WOR. Of hiervan sprake is, moet worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Treedt de moedervennootschap op als verdwijnende vennootschap, dan wijzigt de juridische entiteit

⁶⁶ In de *VLM I* beschikking van 14 oktober 2010, *JAR* 2010/309, *RO* 2011/11 concludeerde de OK tot medeondernemerschap omdat VLM België naast 100% aandeelhouder enig bestuurder was van haar Nederlandse dochter VLM. Bovendien beheerste de moeder in samenspraak met andere concernvennootschappen het commerciële comité dat alle commerciële beslissingen nam en zou de dochter in het te wijzigen bedrijfsmodel slechts werkzaamheden gaan verrichten ten behoeve van concernmaatschappijen. De Hoge Raad heeft in zijn beschikking van 3 februari 2012, *JAR* 2012/71, *ARO* 2012, 23 het tegen de beschikking van de OK ingestelde cassatieberoep verworpen met verwijzing naar art. 81 Wet RO.

⁶⁷ Hof Amsterdam (OK) 28 april 2004, *ARO* 2004, 72 (*FNV Ledenservice II*). Sprengers plaatst vraagtekens bij het feit dat de OK in de *FNV Ledenservice I* beschikking uit 2003 (Hof Amsterdam (OK) 13 februari 2003, *JAR* 2003/164, *JOR* 2003/88) niet tot medeondernemerschap concludeerde en dat in 2004 wel deed, zonder dat een wijziging was opgetreden in de juridische structuur en de mate van zeggenschap van FNV Bondgenoten binnen FNV Ledenservice. Verburg (2011), p. 21 voert het verschil in beide beschikkingen terug op voorschrijdend inzicht in de feiten. Het verschil valt in zijn visie bovendien te verklaren op grond van de te onderscheiden besluiten.

van de meerderheidsaandeelhouder van de dochtervennootschap. Bovendien zal de verkrijgende vennootschap na de fusie doorgaans de meerderheid van aandelen in de moedervennootschap houden, zodat ook op die grond de (meerderheids)aandeelhouder in de dochter een wijziging ondergaat. In mijn visie is onder dergelijke omstandigheden ten opzichte van de dochtervennootschap sprake van een overdracht van de zeggenschap in de zin van art. 25 lid 1 (a) WOR. In het in paragraaf 7.2.3.2 besproken *PUEM* arrest beschouwde het Hof Amsterdam de verkoop van het meerderheidsbelang binnen de *PUEM* NV als een *overdracht* van de zeggenschap over de onderneming.⁶⁸ Nu worden de aandelen bij een juridische fusie niet verkocht maar samengevoegd met de aandelen van een andere vennootschap. Ik huldig de opvatting dat dit onderscheid niet moet worden overschat. Ook bij een juridische fusie op moderniveau treedt een verandering op in de juridische hoedanigheid van de (meerderheids)aandeelhouder van de dochter in het geval dat de moedervennootschap als verdwijnende vennootschap optreedt. Dit geldt niet wanneer de moedervennootschap de verkrijgende vennootschap is. De juridische entiteit van de meerderheidsaandeelhouder van de dochter wijzigt dan niet. In die situatie valt het besluit van de moeder ten opzichte van de dochter slechts onder art. 25 lid 1 (a) WOR indien aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap een meerderheidsbelang verkrijgen in de uit de fusie ontstane moedervennootschap. Hiervan zal niet snel sprake zijn (vgl. paragraaf 7.2.3.2).

Het fusiebesluit van de moeder als aandeelhouder kan ten opzichte van de dochter dus vallen onder art. 25 lid 1 (a) WOR. Volgens de A-G in zijn conclusie bij de *Howson Algraphy* beschikking biedt art. 25 WOR echter geen aanknopingspunt voor de *automatische* toerekening van besluiten van organen van de moeder aan de dochter en/of haar organen.⁶⁹ Met andere woorden: toerekening vereist dat het bestuur van de dochter betrokken is geweest bij de besluitvorming op concerniveau. De OK achtte in de *Shell Research* beschikking betrokkenheid van het bestuur van de dochtervennootschap eveneens bepalend voor toerekening.⁷⁰ Het ging in beide zaken om een instructie ‘besluit’ van de moeder dat een uitvoeringsbesluit van de dochter vergde. Een besluit van de moeder tot grensoverschrijdend fuseren omvat daarentegen een zelfstandig werkend besluit dat geen uitvoeringsbesluit van de dochter vereist om effect te hebben.⁷¹ Het is bovendien niet de dochter

68 Hof Amsterdam 27 juli 1989, *NJ* 1990/734 (*PUEM*).

69 Zie r.o. 3 (slot) van de conclusie van de A-G bij het arrest van de HR 11 juli 1984, *NJ* 1985/212 m.nt. Ma. De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep vanwege een gebrek aan belang.

70 Hof Amsterdam (OK) 2 april 1987, *NJ* 1988/382 m.nt. Ma, *ROR* 1987, 25 m.nt. Van der Heijden (*Shell Research*).

71 De term ‘zelfstandig werkend besluit’ is van Ingelse (2012), p. 27. Dat de dochtervennootschap geen zelfstandige beslissingsbevoegdheid heeft, gebruikt Van het Kaar (2012), p. 24 als argument dat toerekening niet mogelijk is. Van het Kaar vereist voor toerekening dat het bestuur van de dochtervennootschap zelfstandig bevoegd is tot besluitvorming. Indien die bevoegdheid ontbreekt, betreft medeondernemerschap de te hanteren techniek. Mij is niet duidelijk hoe hij zijn zienswijze verklaart in het licht van het *PUEM* arrest. De aandelenoverdracht in het *PUEM* arrest betrof eveneens een zelfstandig werkend besluit, met dien verstande dat het besluit tot verkoop van →

die aan de moeder het beleid oplegt, zodat het ook om deze reden niet snel zal voorkomen dat het bestuur van de dochter bij het nemen van een besluit door de moeder betrokken is. Betekent dit nu dat toerekening niet mogelijk is? Ook in *PUEM* en *Heuga* ging het om besluiten – een aandelentransactie respectievelijk statutenwijziging – die niet door de dochteronderneming zelf konden worden voorgenomen. In beide zaken werd tot toerekening geconcludeerd zonder specifiek aandacht te besteden aan de betrokkenheid van het bestuur van de dochter.⁷² Dit doet vermoeden dat voor de toerekening van een voorgenomen fusiebesluit van de moeder aan de betrokkenheid van het bestuur van de dochter geen al te hoge eisen mogen worden gesteld.

Het bovenstaande neemt niet weg dat een adviesrecht jegens de dochter de ondernemingsraad weinig oplevert als het bestuur van de dochter op geen enkele wijze is betrokken bij de besluitvorming op moederniveau. Het adviesrecht heeft pas nut in het (bijzondere) geval dat de moeder zich als medeondernemer kwalificeert en de voorzieningen van art. 26 lid 5 WOR tevens jegens de moeder kunnen worden opgelegd. Treedt de moedervennootschap op als verdwijnende vennootschap, dan grijpt het besluit tot grensoverschrijdend fuseren doorgaans rechtstreeks in binnen de onderneming van de dochter (zie hiervoor). Medeondernemerschap vereist voorts dat de moeder ten opzichte van de dochter een positie inneemt die haar stelselmatig een zodanige invloed op de besluitvorming binnen de onderneming van de dochter verschaft dat gezegd kan worden dat de onderneming mede door de moeder in stand wordt gehouden. De invulling van dit criterium is niet anders in vergelijking tot de situatie dat de dochter als fuserende vennootschap optreedt en doet zich met name voor bij een combinatie van aandeelhouderschap en directievoering (zie paragraaf 7.2.3.6).

Lastig is de invulling van het criterium dat het besluit van de moeder door zijn aard moet vallen binnen de sfeer van de aan organen van de onderneming toekomende bevoegdheden. Deze eis is door de Hoge Raad geformuleerd in de in paragraaf 7.2.3.6 aangehaalde twee beschikkingen uit 2000 die beide betrekking hadden op de overheidssector.⁷³ De OK heeft het criterium in haar latere rechtspraak doorgetrokken naar de private sector zonder aan te geven wat zij hieronder

de aandelen door de moeder werd genomen in haar hoedanigheid als lid van een orgaan van de dochter. In dat verband valt op dat Van het Kaar het in zijn noot in *TRA* 2012/39 doet voorkomen alsof het in *PUEM* ging om een besluit van een orgaan van de dochter, terwijl het ging om een besluit van de moeder als meerderheidsaandeelhouder van de dochter.

72 Kritisch hierover Maeijer (1994b), p. 336; Roos (1991), p. 100. In de *HSA* beschikking van 10 mei 1990, *NJ* 1992/126, r.o. 3.6 achtte de OK de betrokkenheid van het bestuur wel relevant voor de toerekening van een besluit van de meerderheidsaandeelhouder tot aandelenoverdracht. Verburg (2007a), p. 172 merkte reeds eerder op dat deze passage niet al te zeer op een weegschaal moet worden gelegd.

73 HR 26 januari 2000, *NJ* 2000/224, *JAR* 2000/46, *ROR* 2000, 24 (*Waterschap Polderdistrict Betuwe*) en HR 26 januari 2000, *NJ* 2000/223 m.nt. Ma, *JAR* 2000/30, *JOR* 2000/55 m.nt. Van het Kaar (*Gemeentelijke herindeling*).

verstaat.⁷⁴ In zijn annotatie bij de beschikkingen uit 2000 stelt Maeijer dat het criterium binnen concernverband vereist dat het besluit van de moeder interfereert binnen de organen van de aan de eigenlijke ondernemer toekomende bevoegdheden.⁷⁵ Indien de dochter het besluit neemt, is per definitie aan dit vereiste voldaan. Maar hoe moet men het criterium uitleggen bij een besluit van de moeder tot grensoverschrijdend fuseren? Dit besluit kan slechts door de aandeelhoudersvergadering van de moeder worden genomen en valt per definitie buiten de aan de dochtervennootschap toekomende bevoegdheden. Valt het besluit hierdoor ook buiten de *sfeer* van die bevoegdheden?

In de *Heuga* beschikking concludeerde de Hoge Raad tot medeondernemerschap ten aanzien van een besluit tot wijziging van de statuten van de moeder. Ook dat besluit kon slechts door de moedervennootschap worden (voor)genomen. Maeijer meent dat in *Heuga* aan het criterium ‘binnen de sfeer van de bevoegdheden’ was voldaan.⁷⁶ Ingelse is sceptischer en stelt zich de vraag of het oordeel in *Heuga* het thans nog zou hebben gehaald gezien het in 2000 door de Hoge Raad geformuleerde criterium.⁷⁷ Ook Verburg is kritisch over de haalbaarheid van het criterium in de *Heuga* zaak.⁷⁸ Het is de vraag of Ingelse en Verburg de reikwijdte van het criterium niet overschatten. De Hoge Raad heeft in zijn beschikkingen uit 2000 niet expliciet afstand genomen van zijn oordeel in de *Heuga* beschikking. De Hoge Raad heeft bovendien nooit overwogen dat medeondernemerschap vereist dat het besluit in een concernverhouding moet vallen binnen het bereik van de aan organen van de dochter toekomende bevoegdheden. Het gaat mijns inziens te ver in het vage criterium te lezen dat de dochter het besluit zelfstandig moet kunnen nemen om tot medeondernemerschap van de moeder te kunnen concluderen. Indien het besluit van de moeder aan de dochter kan worden toegerekend (zie hiervoor), valt het besluit in mijn visie binnen de *sfeer* van de bevoegdheden van de dochter.

7.2.3.8 Timing en volgorde van handelen in het kader van het adviestraject

De WOR geeft geen concreet tijdstip waarop het adviestraject moet worden opgestart. Wel biedt de WOR een aantal indicaties. Zo dient de ondernemer advies te vragen over een *voorgenomen* besluit. Deze aanduiding maakt duidelijk dat het voornemen tot fuseren een zekere concreetheid moet hebben. Dit volgt ook uit de verplichting voor de ondernemer bij het advies een overzicht te verstrekken van de gevolgen die het besluit naar verwachting zal hebben voor de in de onderneming werkzame personen en de maatregelen die naar aanleiding daarvan worden voorgenomen (art. 25 lid 3 WOR). Aan de andere kant moet het advies op een dusdanig

74 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam (OK) 29 maart 2010, *JAR* 2011/38, *RO* 2011/19 (*Novio I*) en Hof Amsterdam (OK) 14 oktober 2010, *JAR* 2010/309, *ARO* 2010, 166 (*VLM I*).

75 Maeijer in zijn noot bij de *Gemeentelijke herindelingsbeschikking* van de HR in *NJ* 2000/223.

76 Idem. Maeijer onderbouwt zijn stelling (jammer genoeg) niet.

77 Ingelse (2012), p. 29 (noot 13).

78 Verburg (2001), p. 31.

tijdstip worden gevraagd dat het van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit (art. 25 lid 2 WOR). Hiermee is beoogd de ondernemingsraad in een zo vroeg mogelijk stadium bij de besluitvorming te betrekken.⁷⁹ Men moet de juiste verhouding tussen lid 2 en lid 3 zien te vinden. Dat zal bij een grensoverschrijdende fusie niet altijd eenvoudig zijn. Er zal vaak een commerciële en concurrentiegevoelige noodzaak bestaan de transactie in alle stilte en in een zo select mogelijk gezelschap te kunnen voorbereiden en vastleggen. Dit geldt eens te meer als één van de deelnemende vennootschappen een beursvennootschap is. Dergelijke verweren zijn in een adviestraject op basis van art. 25 WOR echter van weinig waarde en pareert de OK met de overweging dat de ondernemer er voor kan kiezen de informatie onder geheimhouding aan de ondernemingsraad op te leggen.⁸⁰

Een beleidsvoornemen is niet adviesplichtig.⁸¹ Weliswaar kan de ondernemer iets vertellen over de wenselijkheid van een fusie als zodanig, maar over de cruciale factoren – zoals de fusiepartner(s) en de consequenties voor de werknemers – valt nog weinig te zeggen. Art. 24 WOR verplicht het bestuur wel aan de ondernemingsraad te melden dat hij een besluit tot fuseren in voorbereiding heeft. Bij de adviesplicht van art. 25 WOR bevindt de besluitvorming zich een fase verder. De adviesplicht ontstaat in beginsel op het moment dat de besturen van de deelnemende vennootschappen het gezamenlijk fusievoorstel hebben opgesteld. De fusiepartners hebben voorwaardelijk overeenstemming bereikt over de te realiseren fusie en kunnen de ondernemingsraad informeren over de beweegredenen en de te verwachten gevolgen voor de werknemers, zonder dat vaststaat dat de fusie doorgang krijgt. De algemene vergadering besluit op voorstel van het bestuur, zodat niet (snel) kan worden gezegd dat het fusievoorstel reeds het eigenlijke besluit betreft. Ik meen wel dat het advies moet worden gevraagd voordat het bestuur op grond van art. 2:314 BW tot deponering van het fusievoorstel overgaat. In mijn optiek hoeft het bestuur niet met deponering te wachten totdat de ondernemingsraad zijn advies heeft uitgebracht.⁸² Dat vertraagt het fusieproces zonder dat hiertoe een noodzaak bestaat. Het fusievoorstel kan na de deponering namelijk nog wijzigingen ondergaan. Wel moet de gehele procedure dan opnieuw worden doorlopen. Dit is een risico dat voor rekening van de ondernemer komt.

79 *Kamerstukken II* 1975/76, 13 954, nr. 3, p. 38.

80 Hof Amsterdam (OK) 12 december 2003, *JAR* 2004/26 m.nt. Beltzer (*BBA Personenvervoer*); Hof Amsterdam (OK) 23 maart 2000, *JAR* 2000/81, *JOR* 2000/123 (*Verenigde Tankrederij*).

81 Hof Amsterdam (OK) 10 december 1987, *ROR* 1987/33 (*GOR Licht van Philips*); Hof Amsterdam (OK) 21 maart 1991, *ROR* 1991, 7 (*OR Robert Fleury Stichting*). In Hof Amsterdam (OK) 22 november 1990, *ROR* 1990, 29 (*Psychiatrisch Centrum Amsterdam Zuid/Nieuw West*) was het beleidsvoornemen zozeer uitgewerkt dat sprake was van voorgenomen besluit.

82 Art. 2:314 BW bepaalt dat het advies van de ondernemingsraad gelijk met het voorstel tot fusie of onmiddellijk na ontvangst wordt gedeponeed ten kantore van de rechtspersoon. De wettekst gaat ervan uit dat het bestuur het advies van de ondernemingsraad eerst na deponering van het fusievoorstel verkrijgt.

Er kunnen omstandigheden zijn die maken dat het advies in een eerder stadium van de besluitvorming moet worden gevraagd. Ik heb de situatie in gedachten dat de besturen van de deelnemende vennootschappen reeds voorafgaand aan het gezamenlijke fusievoorstel nagenoeg overeenstemming hebben bereikt zonder enige ontbinde voorwaarde.⁸³ Maar ook als is opgenomen dat de overeenkomst geldt onder het voorbehoud van het volledig doorlopen van het adviestraject met de ondernemingsraad, kan de ondernemer te laat zijn. Denk aan de situatie dat op de essentiële punten geen wijzigingen meer zijn toegestaan. Het advies van de ondernemingsraad op het voorgenomen fusiebesluit kan dan niet meer van wezenlijke invloed zijn. Onder die omstandigheden is de ondernemer te laat indien hij de ondernemingsraad eerst nadat het fusievoorstel is opgesteld advies vraagt.⁸⁴ Een ander voorbeeld is de situatie dat de ondernemer voorafgaand aan het fusievoorstel de keuze had tussen verschillende fusiepartners of tussen verschillende samenwerkingsvormen. Deze alternatieven dienen voorafgaand aan het fusievoorstel aan de ondernemingsraad te zijn voorgelegd.⁸⁵ In de *Maliebaan* beschikking uit 2010 overwoog de OK dat de voorgenomen keuze van de ondernemer voor een bepaald toekomstscenario in volle omvang door het adviesrecht werd bestreken.⁸⁶

Illustratief is ook de beschikking inzake de voorgenomen fusie tussen de Nederlandse patiënten en consumenten federatie en de Chronische zieken en gehandicapten Raad Nederland uit 2011.⁸⁷ Partijen hadden in de aanloop naar een mogelijke fusie een intentieverklaring getekend met als doel de voortgang van het fusieproces te waarborgen. De intentieverklaring bepaalde onder meer dat de besturen intensiever zouden samenwerken, een gezamenlijke strategie zouden ontwikkelen en uitsluitend met elkaar zouden onderhandelen over de voorgenomen

83 Hof Amsterdam (OK) 15 april 1999, *JAR* 1999/101, *JOR* 2000/1 m.nt. Vonk, *ROR* 1999, 19 (*Noest Beheer*).

84 In Hof Amsterdam (OK) 21 april 1988, *NJ* 1989/310 oordeelde de OK dat het tekenen van een intentieverklaring onder voorbehoud van het nog in te winnen advies van de ondernemingsraad een besluit was dat vooraf ter advies had moeten worden voorgelegd.

85 Dit ligt bij beursvennootschappen anders. Sinds 2007 geldt bij een openbaar bod dat het moment waarop het besluit tot steunverlening van het bestuur van de doelvennootschap ter advies aan de ondernemingsraad moet worden voorgelegd, kan worden gekoppeld aan het moment dat partijen overeenstemming hebben bereikt onder voorbehoud van het volledig doorlopen van het adviestraject met de ondernemingsraad. Deze benadering is mijns inziens analoog van toepassing in de situatie dat een beursvennootschap een (grensoverschrijdende) fusie voorbereidt. Ook dan bestaat een commerciële noodzaak de fusietransactie in stilte en in een select gezelschap te kunnen voorbereiden. Uiteraard moet het advies van de ondernemingsraad nog wel (enige) invloed kunnen hebben op de fusieovereenkomst. Als uit de feiten blijkt dat nergens meer over te praten valt, is de ondernemer te laat.

86 Hof Amsterdam (OK) 21 april 2010, *JAR* 2010/120, *JOR* 2010/186 m.nt. Holtzer, *ARO* 2010, 81, (*Maliebaan*) en met een noot van Zaai in *TRA* 2010/71.

87 Hof Amsterdam (OK) 20 januari 2011, *JAR* 2011/69 m.nt. Knipschild, *RO* 2011/34 (*Nederlandse Patiënten Consumenten Federatie*). Zie tevens de annotatie van Sprengers in *TRA* 2011/72. Ook in Hof Amsterdam (OK) 21 april 1988, *NJ* 1989/310 kwalificeerde de OK een intentieverklaring als een besluit tot samenwerking.

samenwerking. Voorts bevatte de intentieverklaring een geschillenregeling, een boetebeding en een rechts- en forumkeuze. De ondernemer betoogde dat de intentieverklaring een beleidsvoornemen betrof, nu de afspraken slechts dienden ter voorbereiding van de voorgenomen fusie. De OK oordeelde anders. De OK achtte relevant dat de overeenkomst bindend was, op overtreding een boetebeding was gesteld en de samenwerking op alle facetten van de onderneming zag. Hierdoor hadden partijen zich verbonden om met inachtneming van de eisen van redelijkheid en billijkheid te streven naar verwezenlijking van het samenwerkingsverband als aanzet tot de beoogde fusie, zodat zij niet meer (geheel) vrijblijvend tegenover elkaar stonden. Dit criterium is herleid uit de *NS Reizigers* beschikking van de Hoge Raad uit 1998.⁸⁸

Bijzonder is dat de OK de wijze waarop partijen aan de samenwerking vorm hadden gegeven, kwalificeerde als een afzonderlijk adviesplichtig besluit op grond van art. 25 lid 1 (b) WOR en niet beschouwde als een onderdeel van het fusiebesluit. Dit betekent dat de ondernemer het uiteindelijke fusiebesluit – indien daartoe zou worden overgegaan – nog afzonderlijk ter advisering aan de ondernemingsraad diende voor te leggen.⁸⁹ Een voorafgaand aan de fusie ondertekende intentieverklaring kan zich dus kwalificeren als het aangaan of het aanbrengen van een duurzame samenwerking met een andere onderneming en als zelfstandig (voor)genomen besluit adviesplichtig zijn ingevolge art. 25 lid 1 (b) WOR. Of dit zo is, hangt af van de feiten en omstandigheden. In de zaak van de *Nederlandse Patiënten Consumenten Federatie* was relevant dat partijen eerst een samenwerking van een jaar aangingen om daarna te bezien of een fusie tot de mogelijkheden behoorde. Het betrof aldus een gefaseerd besluitvormingsproces.

Wordt het adviesmoment naar voren gehaald indien de moeder vennootschap haar dochter heeft geïnstrueerd tot de grensoverschrijdende fusie? Hoewel de instructie op voorhand duidelijk maakt hoe de moeder vennootschap als (meerderheids) aandeelhouder in de algemene vergadering van de dochter zal besluiten, meen ik dat de instructie het adviesmoment niet naar voren schuift. Bij de bepaling van het tijdstip is de regeling van de vennootschappelijke besluitvorming relevant, maar niet beslissend.⁹⁰ De algemene vergadering besluit bovendien op voorstel van het bestuur. Over dat voorstel kan de algemene vergadering louter positief dan wel negatief besluiten. De algemene vergadering heeft niet de bevoegdheid de inhoud van het fusievoorstel vorm te geven. Het feit dat het bestuur van de dochter een sterk voornemen heeft het voorgenomen besluit ook conform de instructie van de moeder

⁸⁸ HR 7 oktober 1998, *NJ* 1999/778, *JAR* 1998/251, *ROR* 2000, 4 (*NS Reizigers*). De *NS Reizigers* beschikking maakt duidelijk dat niet alleen de tekst van de overeenkomst van belang is, maar ook de wijze waarop de samenwerking naar buiten wordt gebracht. Indien dat met veel spektakel gebeurt, ontstaat eerder het beeld dat het advies van de ondernemingsraad geen wezenlijke invloed meer kan hebben op de besluitvorming.

⁸⁹ Zie ook de wenk bij de *Nederlandse patiënten Consumenten Federatie* beschikking in *RO* 2011/34.

⁹⁰ Zie Hof Amsterdam 27 juli 1989, *NJ* 1990/734 (*PUEM*), r.o. 4.8.

inhoud te geven, brengt in de woorden van de OK niet mee dat het advies van de ondernemingsraad geen invloed meer kan hebben op de besluitvorming.⁹¹ Dit geldt mijns inziens op gelijke wijze indien de statuten bepalen dat het bestuur van de dochtervennootschap gehouden is de algemene dan wel concrete instructies van de moedervennootschap op te volgen. Het bestuur van de dochter dient de belangen op een redelijke wijze af te wegen waarbij de concernstrategie één van de factoren is. Het antwoord luidt anders indien de instructie van de moeder zich kwalificeert als een voorgenomen besluit dat aan de dochter kan worden toegerekend (zie paragraaf 7.2.3.6). Een dergelijke situatie zal zich slechts onder bijzondere omstandigheden voordoen. Bovendien merkt Verburg terecht op dat het leerstuk van toerekening minder snel van stal wordt gehaald wanneer het geschil zich louter richt op het moment waarop advies moet worden gevraagd.⁹²

7.2.3.9 De toetsingsmaatstaf van het fusiebesluit in een beroepsprocedure ex art. 26 WOR

Indien de ondernemingsraad negatief adviseert en de ondernemer desondanks besluit de grensoverschrijdende fusie door te zetten, kan de ondernemingsraad binnen een maand nadat hij hiervan op de hoogte raakt tegen het besluit beroep instellen bij de OK (art. 25 lid 6 WOR). De opschortingstermijn sluit aan bij het moment dat het besluit wordt genomen. Dat zou bij een grensoverschrijdende fusie betekenen dat de termijn gaat lopen zodra de algemene vergadering tot fuseren besluit. Dat is weinig praktisch, nu het advies betrekking heeft op het fusievoorstel zoals dat door het bestuur is opgesteld. Het lijkt mij juister aan te sluiten bij het moment dat het bestuur aangeeft dat het fusievoorstel ongewijzigd in stand blijft en hij – indien daartoe nog niet was overgegaan – tot deponering van het voorstel overgaat. In de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer lijkt ook de Minister van Justitie deze mening te zijn toegedaan met betrekking tot de interne fusievariant van verenigingen en stichtingen: *‘Er lijkt weinig reden te zijn voor de ondernemingsraad om na die mededeling met het instellen van beroep te wachten. Het verwerpen van het advies dat in de nederlegging van het fusievoorstel ligt besloten, geeft aan het besluit tot nederlegging de kenmerken van een besluit, waarop art. 25 lid 6 WOR doelt.’*⁹³

Op grond van art. 26 lid 4 WOR toetst de OK of de ondernemer bij afweging van alle betrokken belangen in redelijkheid tot het fusiebesluit heeft kunnen komen. Deze toets bevat een formeel en een materieel aspect.⁹⁴ De formele toets – ook wel

⁹¹ Hof Amsterdam (OK) 10 maart 1994, *NJ* 1995/374, *JAR* 1994/74, *ROR* 1994, 18 (*Nering Bögel*).

⁹² Verburg (2007a), p. 161 die in dit verband wijst op de verschillende uitkomsten in de beschikkingen van het Hof Amsterdam (OK) 12 maart 2002, *JOR* 2002/228 (*Rohm and Haas*) en het Hof Amsterdam (OK) 15 april 2004, *JOR* 2004/165, *ROR* 2004, 34 (*VNU Publitec*).

⁹³ *Kamerstukken I* 1986/87, 18 285, nr. 73a, p. 2.

⁹⁴ Zie over het onderscheid en de wijze van toetsing door de OK Timmerman (1988), p. 38-49.

de spelregeltoets genoemd – heeft betrekking op de schending van de procedurevoorschriften. De informatieverschaffing is een procedureel voorschrift. Aan de informatievoorziening worden hoge eisen gesteld. Het is in beginsel aan de ondernemingsraad en niet aan de ondernemer te beoordelen welke informatie nodig is om een verantwoord advies te kunnen geven.⁹⁵ In de *Unie KBO* beschikking uit 2011 overwoog de OK dat op de ondernemer de verantwoordelijkheid rust het medezeggenschapstraject te bewaken en naar behoren te laten verlopen.⁹⁶ De ondernemer had nagelaten de financiële achtergrond van de reorganisatie en de gevolgen voor de werknemers nader te onderbouwen. Dit was het gevolg van de weinig adequate communicatie van zowel bestuurder als ondernemingsraad. De OK rekende deze onvolkomenheden de bestuurder aan vanwege de op hem rustende zorgplicht het medezeggenschapstraject te bewaken. Gezien de verregaande informatieplicht die op de ondernemer rust, kan het bij een dergelijke complexe kwestie als een grensoverschrijdende fusie verstandig zijn een klein comité van vertegenwoordigers van ondernemer en ondernemingsraad in te stellen ter bewaking van een goede procesgang en het kweken van begrip over en weer.

Bij een voorgenomen besluit tot grensoverschrijdend fuseren moet de ondernemer de ondernemingsraad informatie verstrekken over de beweegredenen en de daarvan te verwachten gevolgen voor de werknemers. Het adviesrecht heeft betrekking op alle aspecten van de besluitvorming en niet alleen op de sociale gevolgen.⁹⁷ De ondernemingsraad heeft daarom tevens recht op de informatie waaruit blijkt dat de juridisch fusie in financiële zin haalbaar is.⁹⁸ De informatieplicht geldt ook indien en voor zover de gegevens betrekking hebben op de financiële situatie van de buitenlandse fusiepartner. In een zaak die betrekking had op een voorgenomen verkoop van de onderneming overwoog de OK dat de ondernemer verzoeken om informatie over een eventuele koper niet kan afwijzen met de stelling dat hij de informatie over de koper niet heeft.⁹⁹ De ondernemer is volgens de OK als verkopende partij in staat deze informatie op te vragen en dient dit ook te doen. Dit betekent niet dat concurrentiegevoelige informatie direct aan de ondernemingsraad moet worden verstrekt. In de *Security Service* beschikking uit 2005 beoordeelde de OK de informatievoorziening als voldoende nu een externe deskundige de financiële resultaten van de mogelijke koper kon inzien en de ondernemingsraad daarover kon inlichten.¹⁰⁰ Van de mogelijke koper kon niet worden verwacht dat hij de informatie rechtstreeks aan de ondernemingsraad verstrekke. Het ging om een concurrent wat zo zou blijven als de overname niet

95 Zie o.a. Hof Amsterdam (OK) 23 maart 2000, *JAR* 2000/81, *JOR* 2000/123 (*Verenigde Tankrederij*); Hof Amsterdam (OK) 16 maart 2000, *JAR* 2000/80, *JOR* 2000/122 (*Philips Lighting*). Zie over dit onderwerp ook Nunes & Zwemmer (2011), p. 61-62.

96 Hof Amsterdam (OK) 3 augustus 2011, *JAR* 2011/239 (*Unie KBO*).

97 Hof Amsterdam (OK) 5 april 1984, *NJ* 1985/501 m.nt. Ma.

98 Hof Amsterdam (OK) 4 februari 2010, *JAR* 2010/88 (*Stichting Wonen Welzijn Zorg*).

99 Hof Amsterdam (OK) 23 maart 2000, *JOR* 2000/123 (*Verenigde Tankrederij*).

100 Hof Amsterdam (OK) 20 oktober 2005, *JAR* 2005/283 (*SSH*).

doorging. Waar de ondernemer over de eigen onderneming aan de ondernemingsraad gedetailleerde financiële informatie dient te verschaffen, lijkt uit de *Security Service* beschikking voort te vloeien dat voor de informatie over de beoogde fusiepartner naast de meer algemene informatie kan worden volstaan met een aanbod dat een deskundige de cijfers kan inzien. Geen betekenis komt toe aan het feit dat de fusiepartner een buitenlandse ondernemer betreft. De informatieverplichting rust op de eigen ondernemer.

De ondernemer dient tevens informatie te verschaffen over de uitvoeringsmaatregelen die hij voornemens is te treffen (art. 25 lid 3 WOR). Voor zover de ondernemingsraad daarover nog niet heeft geadviseerd, wordt over de uitvoering van het besluit op een later moment het advies van de ondernemingsraad ingewonnen (art. 25 lid 5 slotzin WOR). Tegen besluiten inzake de uitvoering van de fusie kan geen beroep worden ingesteld bij de OK. Dat er jaren kunnen verlopen tussen het nemen van het besluit tot fuseren en het treffen van uitvoeringsmaatregelen blijkt uit een beschikking van de OK uit 1989.¹⁰¹ Het betrof een juridische fusie tussen twee revalidatie-instellingen in Friesland. Het fusiebesluit was in 1985 genomen nadat de ondernemingsraad positief had geadviseerd. Eerst drie jaar later werd de volwassenenrevalidatie verplaatst naar de andere instelling. De ondernemer vroeg advies, kreeg een negatief advies en besloot niettemin conform zijn voorname. De OK oordeelde in lijn met de ondernemer dat het slechts een uitvoeringsbesluit betrof waartegen geen beroep kon worden ingesteld. Dat de situatie in 1988 wezenlijk anders was dan de situatie in 1985 deed daar niet aan af en creëerde geen beroepsmogelijkheid voor de ondernemingsraad. Een soortgelijk oordeel is tegenwoordig minder snel te verwachten. Hoewel slechts tijdsverloop nog steeds geen adviesrecht creëert met betrekking tot een uitvoeringsbesluit, zal het niet snel voorkomen dat in de huidige tijd drie jaar verstrijken zonder dat zich nieuwe feiten en omstandigheden hebben voorgedaan die maken dat niet meer van een uitvoeringsbesluit kan worden gesproken.

Ook de motiveringsplicht valt onder de procedurele voorschriften. De ondernemer moet motiveren waarom hij tot het fusiebesluit is gekomen, hoe de verschillende belangen zijn afgewogen, wat de personele gevolgen zijn, welke maatregelen hij in dat kader neemt en waarom van het advies is afgeweken. Het motiveren is – kort gezegd – gelijk aan goed uitleggen. Een deugdelijke motivering wordt integraal door de OK getoetst. De marginale toets van art. 26 lid 4 WOR betreft de inhoudelijke besluitvorming door de ondernemer: het doorhakken van de knoop. Dat alles overziend tot de grensoverschrijdende fusie is besloten. De eisen die de OK aan de motivering stelt naderen onder omstandigheden de strategische beweegredenen van de fusie wel dicht, nu de ondernemer in staat moet zijn uit te leggen waarom het besluit het belang van de onderneming het beste dient. Het is voorts vaste rechtspraak dat de ondernemer inhoudelijk dient te reageren op door de

101 Hof Amsterdam (OK) 27 juli 1989, *NJ* 1991/206, *ROR* 1989, 24.

ondernemingsraad voorgestelde alternatieven.¹⁰² De *Maliebaan* beschikking uit 2010 is in lijn met deze verregaande motiveringsplicht.¹⁰³ De ondernemingsraad had tegen de voorgenomen juridische fusie het bezwaar geuit dat onvoldoende inzicht was verschaft in de voor- en nadelen van de fusie tegenover de voor- en nadelen van een *stand-alone* variant. Volgens de OK was de ondernemer gehouden de door de ondernemingsraad aangedragen alternatieven te onderzoeken ‘te meer in een geval waarin het alternatief bestaat uit het handhaven van de bestaande situatie’. De inhoudelijke meerwaarde van het fusieproces werd onderdeel van het adviestraject.

Indien de ondernemer deel uitmaakt van een (buitenlands) concern kan de dochter zich ter motivering niet verschuilen achter de instructie van de moeder. De dochtervennootschap heeft een eigen vennootschappelijke verantwoordelijkheid en een zelfstandige motiveringsplicht met betrekking tot een door haar (voor) genomen fusiebesluit. Illustratief is de *Nering Bögel* beschikking uit 1994.¹⁰⁴ De concernleiding had besloten tot een herkaveling van de activiteiten over onderscheiden concernonderdelen. De OK overwoog dat het enkele feit dat de ondernemer (de dochtervennootschap) aan het concernbesluit uitvoering geeft, niet per definitie als redelijk handelen kan worden bestempeld.¹⁰⁵ In dezelfde lijn overwoog de OK in de *Nedlin* beschikking dat het concernbelang meeweegt, maar niet doorslaggevend is in de zin dat het prevaleert boven de andere belangen. Het valt overigens niet uit te sluiten dat de belangenafweging zo uitvalt dat de dochter gelet op het concernbelang moet meewerken aan de instructie van de moeder. Dat resultaat moet alleen wel deugdelijk worden gemotiveerd in de adviesaanvraag. De motiveringsplicht brengt in dat geval mee dat de dochter moet aantonen dat zij zich voldoende heeft laten informeren, op concernniveau haar zegje heeft kunnen doen en erop heeft toegezien dat de moeder de alternatieven heeft nagelopen. Bovendien moet inzichtelijk worden om welke reden is besloten de instructie uit te voeren.

7.2.3.10 De invloed van het adviesrecht op de vennootschappelijke besluitvorming

De controle op de naleving van de wettelijke en statutaire vormvoorschriften die bij de fusie in acht moeten worden genomen, ligt bij de notaris. Bij een *inbound* fusie is

102 Hof Amsterdam (OK) 11 januari 2001, *JOR* 2011/64 (*Verkade*). De ondernemer hoeft niet te reageren op alternatieven waarvan bij voorbaat duidelijk is dat zij zinloos zijn (Hof Amsterdam (OK) 13 januari 2011, *JAR* 2011/68 (*Ericsson Telecommunicatie*)) of indien de ondernemingsraad nalaat aan te geven dat het alternatief een reële optie is (Hof Amsterdam (OK) 13 juni 2002, *JAR* 2002/152, *JOR* 2002/162 (*Leaf*)). Zie over dit onderwerp nader Verburg (2013), p. 12-14.

103 Hof Amsterdam (OK) 21 april 2010, *JAR* 2010/120, *JOR* 2010/186 m.nt. Holtzer (*Maliebaan*) en met een noot van Zaal in *TRA* 2010/71.

104 Hof Amsterdam (OK) 23 oktober 1997, *NJ* 1998/612, *JAR* 1997/244 (*Nedlin*). Voor een uitgebreide uiteenzetting van deze problematiek wordt verwezen naar Verburg (2007a), p. 141-145.

105 Hof Amsterdam (OK) 10 maart 1994, *NJ* 1995/374, *JAR* 1994/74, *ROR* 1994, 18 (*Nering Bögel*).

de notaris verplicht tot het rechtmatigheidstoezicht op (i) de fusieprocedure (pre fusie attest) én (ii) de verwezenlijking van de fusie (het verlijden van de akte). Bij een *outbound* fusie is zijn taak beperkt tot het rechtmatigheidstoezicht op de fusieprocedure. Het rechtmatigheidstoezicht op de verwezenlijking van de fusie speelt zich dan af in de buitenlandse lidstaat waar de uit de fusie ontstane vennootschap zich vestigt. Interessant is de verhouding tussen de civielrechtelijke rechtshandeling van de notaris enerzijds en het advies- en beroepsrecht van de ondernemingsraad anderzijds. De vraag rijst of de notaris zich ervan moet vergewissen dat de ondernemer het adviestraject conform de regels van de WOR heeft doorlopen voordat hij tot afgifte van het pre fusie attest alsmede het verlijden van de fusieakte overgaat.

De wet bepaalt in art. 2:333i lid 3 BW dat de notaris in zijn pre fusie attest moet verklaren *‘dat hem is gebleken dat de vormvoorschriften in acht zijn genomen voor alle besluiten die de afdelingen 2, 3, en 3a van deze titel en de statuten vereisen voor de deelneming van de vennootschap aan de grensoverschrijdende fusie en dat voor het overige de daarvoor in deze afdelingen geven voorschriften zijn nageleefd.’* Deze zinsnede sluit grotendeels aan bij de tekst van art. 2:318 lid 2 BW. De beide bepalingen maken een onderscheid tussen ‘besluiten’ en ‘overige handelingen’. Voor besluiten dient de notaris na te gaan of de vormvoorschriften in acht zijn genomen. De wetsgeschiedenis bij art. 2:318 lid 2 BW is niet eenduidig over de reikwijdte van de vormvoorschriften. Hoewel de Minister van Justitie in de memorie van antwoord stelt dat de controleplicht slechts geldt voor de vormvoorschriften uit titel 6 (thans titel 7),¹⁰⁶ verklaart hij in de nota naar aanleiding van het eindverslag dat de vormvoorschriften ook de voorschriften buiten deze titel omvatten.¹⁰⁷ Het is onduidelijk of de Minister in de nota naar aanleiding van het eindverslag doelt op de voorschriften uit het BW of dat hij eveneens de voorschriften uit andere wetten – zoals de WOR – voor ogen heeft.

Een grammaticale uitleg van de wettekst leidt tot de conclusie dat de notaris met betrekking tot de besluiten ook de vormvoorschriften buiten titel 7 moet nagaan.¹⁰⁸ De woorden *‘die de afdelingen 2, 3 en 3a van deze titel en de statuten vereisen’* slaan terug op de besluiten die in het kader van de grensoverschrijdende fusie moeten worden genomen. De besluiten en niet de vormvoorschriften zijn gekoppeld aan titel 7 boek 2 BW. Voor de besluiten genomen op basis van titel 7 boek 2 BW dienen vervolgens alle vormvoorschriften te worden nageleefd. Dit geldt niet voor de overige handelingen. Bij de overige handelingen verwijst de wet expliciet naar de voorschriften van afdelingen 2, 3 en 3a van titel 7 boek 2 BW. Met Verweij acht ik

¹⁰⁶ *Kamerstukken II* 1982/83, 16 453, nr. 43, p. 3-4.

¹⁰⁷ *Kamerstukken II* 1981/82, 16 453, nr. 11, p. 9.

¹⁰⁸ Ook Verweij (2002), p.158 is deze mening toegedaan. Verweij gaat uitvoerig in op het onderscheid tussen besluiten en overige handelingen maar maakt niet duidelijk waarom zij meent dat bij besluiten ook de vormvoorschriften buiten titel 7 onder de controleplicht vallen. Anders Van Solinge (1984), p. 143 die spijtig genoeg niet aangeeft waarop hij zijn mening baseert.

daarom relevant of het adviesrecht van art. 25 WOR betrekking heeft op een besluit of op een overige handeling. Verweij acht bepalend dat het adviesrecht is gekoppeld aan het voornemen van de ondernemer een voorstel tot fusie te doen. Volgens haar is dat voornemen geen besluit dat is vereist voor de totstandkoming van de fusie. Zij schaaft het voornemen tot fusie aldus onder de noemer ‘overige handeling’ met als gevolg dat de notaris alleen hoeft na te gaan of de daarvoor geldende voorschriften van titel 7 boek 2 BW – en dus niet die uit de WOR – zijn nageleefd. Van Boxel sluit zich hierbij aan wat de tekst van art. 2:333i BW betreft.¹⁰⁹

Ik kies voor een andere benadering. De duiding dat het adviesrecht van art. 25 WOR zich richt op een *voornemen* van het bestuur, behelst in het licht van de WOR niet meer dan dat het advies moet worden gevraagd op een moment dat het bestuur de voorbereidingen treft tot het opstellen van een fusievoorstel. Dat het gaat om een voornemen betekent niet dat het fusievoorstel als zodanig geen besluit in de zin van boek 2 BW kan zijn. Een besluit is een beslissing van een orgaan dat rechtsgevolgen heeft voor de rechtspersoon en kan een interne dan wel een externe rechtshandeling zijn.¹¹⁰ Volgens Overes en Van Veen is een interne rechtshandeling die een externe rechtshandeling voorbereidt te beschouwen als een besluit indien de voorbereidende handeling gevolgen heeft voor de rechtsbetrekking binnen de rechtspersoon.¹¹¹ Ook de wetgever benoemt voorbereidende handelingen door het bestuur als (deel)besluiten.¹¹² Het fusievoorstel zoals dat door het bestuur als orgaan van de vennootschap wordt opgesteld, voldoet aan deze kwalificatie. Zonder een fusievoorstel als voorbereidende bestuurshandeling kan de algemene vergadering niet tot de fusie besluiten. Het fusievoorstel is een (bestuurs)besluit dat is vereist voor de totstandkoming van de fusie en valt om die reden onder het begrip ‘besluit’ in art. 2:333i BW. De notaris zal daarom moeten controleren of ten aanzien van het fusievoorstel alle vormvoorschriften – ook die buiten afdeling 2, 3 en 3a van titel 7 boek 2 BW – in acht zijn genomen. Die plicht behelst mede het vormvoorschrift van art. 25 WOR.

Een ander aspect is de vraag of de notaris de uitkomst van de procedure bij de OK en eventueel de Hoge Raad dient af te wachten alvorens hij het pre fusie attest kan afgeven en – bij een *inbound* fusie – de fusieakte kan verlijden. Indien de ondernemer ondanks een negatief advies van de ondernemingsraad de fusie wenst door te zetten, is hij verplicht de uitvoering van het besluit gedurende een maand na de dag waarop de ondernemingsraad van het besluit in kennis is gesteld, op te schorten (art. 25 lid 6 WOR). Het is de ondernemer gedurende deze opschortingsperiode verboden de onderneming onder gemeenschappelijke zeggenschap met de fusiepartner te brengen. Bij de behandeling van het wetsvoorstel inzake de juridische fusie van verenigingen en stichtingen stelde de Minister van Justitie dat

109 Van Boxel (2011), p. 92.

110 Asser, Van der Grinten & Maeijer 2-II* (1997), nr. 125.

111 Overes & Van Veen (2000), p. 137.

112 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 179, nr. 5, p. 22.

de notariële akte tot fusie gedurende een maand na het fusiebesluit niet kan worden verleden indien de ondernemingsraad negatief heeft geadviseerd.¹¹³ De Minister had hiermee het oog op de wettelijke opschortingstermijn. Deze redenering geldt mijns inziens evengoed voor de afgifte van het pre fusie attest. Het is de ondernemer daarom verboden om de notaris tijdens de opschortingstermijn te verzoeken het pre fusie attest af te geven dan wel de fusieakte te verlijden. Dit is anders na afloop van de opschortingstermijn. Dan kent de wet voor de ondernemer geen wettelijke belemmering aan het fusiebesluit uitvoering te geven. Bij de verzetprocedure bepaalt art. 2:316 BW expliciet dat de fusie eerst mag worden verleden zodra het verzet is ingetrokken of de opheffing van het verzet uitvoerbaar is. Een dergelijke bepaling ontbreekt met betrekking tot de beroepsprocedure van art. 26 WOR.

De beroepsprocedure bij de OK staat in beginsel dus niet aan de afgifte van het pre fusie attest dan wel het verlijden van de fusieakte in de weg. De ondernemingsraad heeft wel de mogelijkheid tegelijk met het verzoekschrift een verzoek tot het treffen van voorlopige voorzieningen in te dienen (art. 26 lid 8 WOR).¹¹⁴ Ik denk aan een verbod jegens de ondernemer de fusieprocedure voort te zetten, eventueel onder verbeurte van een dwangsom. De toekenning van voorlopige voorzieningen vereist een spoedeisend en relevant zwaarwegend belang.¹¹⁵ Bij de beoordeling zal het belang van de ondernemingsraad bij een schorsing van het fusieproces worden afgezet tegen het belang van de ondernemer om tot uitvoering van de fusie over te gaan. Indien de OK verwacht dat bij de beoordeling van het geschil ten gronde zal worden geoordeeld dat de ondernemer bij de afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het betrokken besluit heeft kunnen komen, zal de OK doorgaans tot toewijzing van de voorlopige voorziening overgaan. Dat geldt te meer nu de vernietiging van de grensoverschrijdend fusie niet is toegestaan (vgl hoofdstuk 3.12.4). Hoewel de OK in haar eindbeschikking de ondernemer op verzoek van de ondernemingsraad kan verplichten het litigieuze besluit in te trekken en/of de gevolgen ervan ongedaan te maken (art. 26 lid 5 WOR), staat een richtlijnconforme interpretatie van het verbod tot de vernietiging van de fusie uit art. 17 Tiende Richtlijn aan dergelijke verplichtingen in de weg.¹¹⁶

7.2.4 Het spreekrecht ex art. 2:107a BW

De ondernemingsraad heeft een spreekrecht bij bestuursbesluiten inzake een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap of

113 *Kamerstukken II* 1985/86, 18285, nr. 6, p. 5.

114 De ondernemingsraad kan ook in kort geding een verbod tot fuseren vorderen totdat de OK heeft geoordeeld over de vraag of de ondernemer in redelijkheid tot het besluit tot fuseren heeft kunnen komen. De voorzieningenrechter van de rechtbank verklaart het beroep evenwel niet-ontvankelijk indien ten aanzien van hetzelfde geschil een procedure bij de OK aanhangig is.

115 Hof Amsterdam (OK) 21 augustus 1980, *NJ* 1980/578 (*Stichting Pensioenfonds I*).

116 Nu het besluit tot fuseren niet kan worden teruggedraaid, kan de positie van de derde (lees: de buitenlandse fusiepartner) onbesproken blijven.

onderneming waaraan de algemene vergadering haar goedkeuring dient te verlenen (art. 2:107a BW). Sub a van deze bepaling schaaft hieronder de *‘overdracht van de onderneming of vrijwel de gehele onderneming aan een derde’*. Deze grond vertoont verwantschap met art. 25 lid 1 (a) WOR. Het verschil is dat art. 2:107a (a) BW niet spreekt over de overdracht van de zeggenschap over de onderneming. Het fusiebesluit van de verkrijgende vennootschap valt daarom nimmer onder het toepassingsbereik van art. 2:107a BW. Dit geldt strikt genomen ook voor het fusiebesluit van de verdwijnende vennootschap. Bij een juridische fusie versmelten de deelnemende vennootschappen zodat juridisch geen overdracht van de onderneming plaatsvindt. Ik stelde reeds eerder dat aan het onderscheid tussen ondernemer (de vennootschap) en onderneming geen doorslaggevend belang toekomt (paragraaf 7.2.3.1). Ook bij een juridische fusie komt de onderneming van de verdwijnende vennootschap in handen van een andere rechtspersoon en is in die zin sprake van een overdracht in de zin van art. 2:107a (a) BW.

Hiermee is niet gezegd dat de ondernemingsraad van de bij de fusie optredende verdwijnende vennootschap een spreekrecht toekomt. Art. 2:107a lid 3 BW koppelt het spreekrecht aan belangrijke bestuursbesluiten waaraan de algemene vergadering haar goedkeuring dient te verlenen. Het gaat om onderwerpen terzake waarvan het bestuur het tot besluitvorming bevoegde orgaan is, maar die bij wijze van uitzondering aan de goedkeuring van de algemene vergadering zijn onderworpen. De feitelijke beslissingsbevoegdheid verschuift van het bestuur naar de algemene vergadering. Bij een juridische fusie is de algemene vergadering het tot besluitvorming bevoegde orgaan. Hoewel de Tiende Richtlijn bepaalt dat het fusievoorstel door de algemene vergadering moet worden goedgekeurd, moet deze passage zo worden begrepen dat de algemene vergadering het besluit tot fuseren neemt. Dit bepaalt ook de hoofdregel van art. 2:317 BW.¹¹⁷ Nu het spreekrecht is gekoppeld aan de bestuursbesluiten die krachtens art. 2:107a lid 1 BW aan de goedkeuring van de algemene vergadering zijn onderworpen, komt aan de ondernemingsraad van de verdwijnende vennootschap geen spreekrecht toe inzake een besluit tot grensoverschrijdend fuseren.

Het is onduidelijk waarom het spreekrecht niet geldt indien de wet de algemene vergadering direct – en niet via art. 2:107a BW – het tot besluitvorming bevoegde orgaan acht bij een besluit over een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap of onderneming. Ook bij een directe besluitvorming door de algemene vergadering komt het de verhouding in de vennootschap ten goede wanneer de algemene vergadering de opinie van de werknemers meeweegt in haar besluitvorming. Bovendien hanteert de literatuur geen strikt onderscheid tussen

¹¹⁷ Deze regel geniet ingevolge art. 2:331 BW uitzondering voor de verkrijgende vennootschap en bij een moeder-dochterfusie eveneens voor de verdwijnende vennootschap. Dan kan het besluit tot fusie bij bestuursbesluit worden genomen. Deze situaties vallen sowieso al niet onder het bereik van art. 2:107a BW.

beslissings- en goedkeuringsbevoegdheden.¹¹⁸ Aan de andere kant kan men zich de vraag stellen wat de ondernemingsraad met een spreekrecht zou zijn opgeschoten. Het standpunt van de ondernemingsraad zal gelijk zijn aan het door hem gegeven advies krachtens art. 25 WOR dat op grond van art. 2:314 lid 4 BW bij het fusievoorstel is gevoegd. Dit geldt echter ook voor besluiten die wel aan het spreekrecht zijn onderworpen. Ook die besluiten vallen doorgaans onder het adviesrecht van art. 25 WOR.¹¹⁹ Het valt op dat de Minister van Justitie bij de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel niet ingaat op vragen naar de meerwaarde van het spreekrecht ten opzichte van het adviesrecht van art. 25 WOR. De meerwaarde is in mijn visie gelegen in de mogelijkheid het standpunt kenbaar te maken tijdens de algemene vergadering waarin over de fusie wordt besloten. De voorzitter van de ondernemingsraad kan mondeling uiteen zetten hoe vanuit werknemersperspectief tegen de fusie wordt aangekeken. Deze meerwaarde is evenwel gering indien wordt bedacht dat de meeste aandeelhouders hun stem reeds voorafgaand aan de algemene vergadering bepalen.

7.3 Betrokkenheid van de Europese ondernemingsraad

7.3.1 De bevoegdheden van de Europese ondernemingsraad

De Europese ondernemingsraad verschaft de werknemers een vorm van medezeggenschap bij ondernemingen en concerns met een communautaire dimensie. De Europese ondernemingsraad heeft een rol die vanwege het territorialiteitsbeginsel onmogelijk door de Nederlandse (centrale) ondernemingsraad kan worden vervuld. De vormgeving en de inhoud van de bevoegdheden van de Europese ondernemingsraad zijn gestoeld op het contractmodel. Binnen gestelde kaders zijn het hoofdbestuur en de werknemers vrij de informatieverstrekking en raadpleging toe te snijden op hun eigen situatie. Dat geeft een enorme diversiteit aan overeenkomsten. Alleen indien de partijen niet tot afspraken komen, treden de wettelijke referentievoorschriften in werking zoals die gelden in de lidstaat waar het hoofdbestuur is gevestigd. Hoewel de EOR-Richtlijn een minimumrichtlijn is, zijn zowel Nederland, Duitsland als België wat de bevoegdheden van de referentievoorschriften betreft, zeer dicht gebleven bij de tekst van de EOR-Richtlijn.¹²⁰

De wettelijke referentievoorschriften geven de Europese ondernemingsraad recht op informatie en raadpleging over specifiek bepaalde onderwerpen, waaronder fusies. Naar mijn mening valt een juridische fusie steeds onder het toepassingsbereik

118 Asser, Macijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* (2009), nr. 323.

119 De Minister van Justitie gaat slechts in op de meerwaarde van het spreekrecht met betrekking tot het bezoldigingsbeleid en de benoeming en het ontslag van bestuurders en commissarissen. Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 31 877, nr. 5, p. 6.

120 De referentievoorschriften zijn in Nederland geïmplementeerd in art. 19 Wet op de Europese ondernemingsraden (WEOR), in Duitsland in §§ 29 en 30 Gesetz über Europäische Betriebsräte (EBRG) en in België in art. 30 cao nr. 101.

ongeacht de vraag of de fusie geschiedt vanuit het perspectief van de verkrijgende dan wel de verdwijnende vennootschap. Wel moet de fusie van belang zijn voor ‘(...) *de gehele communautaire onderneming of voor de gehele communautaire groep (...), of voor ten minste twee ondernemingen of vestigingen van een communautaire onderneming of een communautaire groep in twee verschillende betrokken staten.*’ Deze bepaling was oorspronkelijk opgenomen in de referentievoorschriften, maar is met de Herschikkingsrichtlijn verplaatst naar art. 1 lid 4 EOR-Richtlijn. De plaatsing in art. 1 stelt zeker dat ook de bevoegdheid van de bij overeenkomst opgerichte Europese ondernemingsraad beperkt is tot grensoverschrijdende aangelegenheden. Om te bepalen of een aangelegenheid een transnationale dimensie heeft, moet onder meer worden gekeken naar het aantal betrokken lidstaten, het betrokken bestuursniveau en het belang van het onderwerp voor het Europese personeelsbestand (gevolgencriterium). Vindt de grensoverschrijdende fusie plaats binnen concernverband, dan is per definitie aan het criterium van een transnationale dimensie voldaan. Dit hoeft niet het geval te zijn indien een Nederlandse concernvennootschap grensoverschrijdend fuseert met een los van het concern staande buitenlandse vennootschap terwijl de Nederlandse deelnemende vennootschap slechts ondernemingen en vestigingen in Nederland heeft. De bevoegdheid van de Europese ondernemingsraad is dan afhankelijk van de invloed die de fusie heeft voor de werknemers van de buitenlandse onderneming(en) binnen het concern.

Het is overigens niet altijd het besluit tot grensoverschrijdend fuseren zelf waarover aan de Europese ondernemingsraad bevoegdheden toekomen. Binnen concernverband zal de fusie vaak een aspect zijn van een meeromvattend transnationaal herstructureringsbesluit dat op het niveau van de concertop is voorgenomen. In dat geval komen aan de Europese ondernemingsraad informatie- en raadplegingsrechten toe over het herstructureringsbesluit als zodanig. De raadplegingsprocedure met het hoofdbestuur van de zeggenschapsuitoefende vennootschap die het besluit voorbereidt, biedt aan de Europese ondernemingsraad het meeste perspectief het voorgenomen besluit daadwerkelijk te beïnvloeden. Dat neemt niet weg dat ook het uiteindelijke fusiebesluit van de dochtervennootschap een transnationale kwestie kan behelzen. Het volgende voorbeeld maakt dit duidelijk:

Een Nederlandse BV met vestigingen in Nederland, België en Duitsland is voornemens te fuseren met een Duitse GmbH. De Nederlandse BV is onderdeel van een intracommunautair concern waarin een Europese ondernemingsraad is ingesteld. De Duitse GmbH is een enkelvoudige vennootschap. De fusie van de Nederlandse BV is onderdeel van een herstructureringsoperatie op basis waarvan al meerdere fusies binnen het concern zijn gerealiseerd. De Europese ondernemingsraad is over de herstructureringsoperatie geïnformeerd en geraadpleegd en heeft in dat verband een positief advies gegeven met betrekking tot de fusie van de Nederlandse BV en de Duitse GmbH. De vraag rijst of de Europese ondernemingsraad (wederom) recht heeft op informatie- en raadpleging op het moment dat de fusie van de Nederlandse BV daadwerkelijk wordt gerealiseerd.

De bevoegdheden uit de EOR-Richtlijn zijn – anders dan de bevoegdheden uit de WOR – niet gekoppeld aan de besluiten van een bepaald orgaan. De EOR-Richtlijn legt de informatieverstrekkings- en raadplegingplicht neer bij het hoofdbestuur of enig passender bestuursniveau. Dat kan het bestuur van een concernvennootschap zijn. Voor de bevoegdheid van de Europese ondernemingsraad is beslissend of het betreffende onderwerp waarop het besluit betrekking heeft, valt binnen het bereik van de overeenkomst dan wel de referentievoorschriften én een transnationale dimensie kent. De Nederlandse, Duitse en Belgische implementatiewetten sluiten hierbij aan. Het bestuur van een concerndochter kan dus gehouden zijn het voorgenomen besluit tot grensoverschrijdend fuseren ter informatie en raadpleging aan de Europese ondernemingsraad voor te leggen. In de praktijk zal het veelal zijn dat de concrete uitwerking van het fusiebesluit van de dochter reeds in het informatie- en raadplegingstraject met betrekking tot het transnationale herstructureringsbesluit is meegenomen. In dat geval meen ik dat de Europese ondernemingsraad zijn bevoegdheden reeds heeft uitgeoefend en hem niet nogmaals informatie- en raadplegingsbevoegdheden toekomen met betrekking tot het fusiebesluit van de dochter.

Voor de effectiviteit van de bevoegdheden is cruciaal het ogenblik waarop de Europese ondernemingsraad in het besluitvormingsproces wordt betrokken. De informatie en raadpleging dient te geschieden op een moment dat informatie en raadpleging zinvol zijn. De Europese ondernemingsraad moet bovendien de mogelijkheid hebben een advies aan de ondernemer uit te brengen zonder dat het aanpassingsvermogen van de ondernemer in het gedrang komt. De oorspronkelijke EOR-Richtlijn bevatte geen precieze duiding van het tijdstip. De Herschikkingsrichtlijn bracht op dit punt meer duidelijkheid. Art. 2 (f) en (g) benadrukt dat de informatieverstrekking en raadpleging op zodanige wijze wordt vastgesteld en uitgevoerd dat de nuttige werking van de bepalingen zijn gewaarborgd. Informatieverstrekking en raadpleging dienen te gebeuren op een passend tijdstip, op een passende wijze en met een passende inhoud. De Nederlandse, Duitse en Belgische implementatieregelgeving hanteren gelijke definties.¹²¹ De explicitering van een zinvol tijdstip kent overeenkomsten met het adviesrecht van art. 25 WOR dat dient plaats te vinden op een moment dat een en ander nog van wezenlijke invloed is.

7.3.2 *Verhouding tot de Nederlandse (centrale) ondernemingsraad*

Indien zowel op transnationaal als op nationaal niveau informatie- en raadplegingsrechten bestaan, rijst de vraag naar de chronologische volgorde van de verschillende procedures. Met andere woorden: welk orgaan moet op welk moment worden geïnformeerd en geraadpleegd? Het gebrek aan een leidraad kan ertoe leiden dat verschillende juridische werkgevers binnen een concern met andere verplichtingen

¹²¹ Zie voor Nederland art. 1 (sub g en h) WEOR, voor Duitsland § 1 Abs. 4 und 5 EBRG en voor België art. 3 §§ 5 en 6 cao nr. 101.

worden geconfronteerd. Een goed voorbeeld biedt de *Renault* zaak uit 1997.¹²² De Belgische rechter verplichtte de dochteronderneming de informatie- en raadplegingsprocedure inzake collectief ontslag op te starten, terwijl de Franse rechter de moedervennootschap een dag later beval de Europese ondernemingsraad te informeren en te raadplegen en in afwachting daarvan de collectiefontslagprocedure op het niveau van de dochter op te schorten. In de evaluatie van de EOR-Richtlijn uit maart 2005 werd dit knelpunt gesignaleerd. De zevende *lesson learned* vermeldt dat *'Tensions can also arise from the fact that even if some decisions on the strategy of the group are taken at European level, managing its social consequences remains local and governed by national rules.'*¹²³

De oorspronkelijke EOR-Richtlijn bevatte geen juridisch relevant aanknopingspunt voor de chronologische volgorde. De richtlijn bepaalde in art. 12 lid 2 dat zij de krachtens de nationale wetgeving bestaande rechten van de werknemers inzake informatieverstrekking en raadpleging onverlet liet. In de Herschikkingsrichtlijn wenste de Commissie de correlatie tussen de verschillende overlegniveaus beter tot uitdrukking te brengen. Het Commissievoorstel uit 2008 koppelde de start van de informatieverstrekking en raadpleging van de Europese ondernemingsraad aan die van de nationale medezeggenschapsorganen.¹²⁴ De koppeling moest worden geregeld in de overeenkomst en bij gebreke daarvan dienden de lidstaten te bepalen dat de procedures met betrekking tot beide medezeggenschapsorganen gelijktijdig zouden worden ingeleid. In de uiteindelijke tekst van art. 12 lid 3 Herschikkingsrichtlijn is de verwijzing naar de gelijktijdige start verdwenen. De tekst bepaalt nog slechts dat *'het proces van informatieverstrekking en raadpleging in de Europese ondernemingsraad en in de nationale organen die de werknemers vertegenwoordigen wordt uitgevoerd (...)'*. Daarmee is niet duidelijk hoe het proces zich in de tijd situeert. Dit verandert enigszins indien de bepaling wordt gelezen in het licht van overweging 37 van de preambule. Deze overweging noemt alsnog dat het proces gelijktijdig dient plaats te vinden en dat nationale wetgeving eventueel moet worden aangepast, zodat de Europese ondernemingsraad zo nodig voor of tegelijk met de nationale organen kan worden geïnformeerd. Verburg wierp in 2009 de vraag op hoe met deze overweging moet worden omgegaan nu de soortgelijke passage uitdrukkelijk uit art. 12 Herschikkingsrichtlijn is geschrapt.¹²⁵ Hij komt tot de conclusie dat overweging 37 preambule niet meer is dan een nastrevenswaardige doelstelling. Ook Peeters meent dat aan de betreffende overweging geen strikte en dwingende uitleg toekomt.¹²⁶

Het is de vraag of het te betreuren is dat een strikte en dwingende correlatie tussen de Europese ondernemingsraad en de lokale medezeggenschapsorganen

122 Zie over deze zaak uitgebreid Dorssemont (2006) en Dorssemont & Jaspers (1999).

123 De evaluatie is te raadplegen op: www.euro-cc.org/en/113.php.

124 COM (2008) 419 def, p. 9.

125 Verburg (2009), p. 8.

126 Peeters (2012), p. 81.

ontbreekt. Binnen concernverband verloopt het besluitvormingsproces doorgaans hiërarchisch. Het is hierdoor lang niet altijd mogelijk de Europese ondernemingsraad en de Nederlandse ondernemingsraad exact gelijktijdig te informeren en te raadplegen. De beschikking in de kwestie rondom Fresenius toont dit aan.¹²⁷ De ondernemer was voornemens de productie van een bepaalde afdeling naar Oostenrijk te verplaatsen. Over dit besluit kwam de Nederlandse ondernemingsraad adviesrecht toe. De OK overwoog dat de ondernemingsraad geen adviesrecht had ten aanzien van de besluiten van de moedermaatschappij die van invloed waren op het voorgenomen besluit dat voorlag. Over deze besluiten was de Europese ondernemingsraad op een eerder moment al geïnformeerd.

Het is goed mogelijk dat de Europese ondernemingsraad en de (centrale) ondernemingsraad een ander standpunt innemen. Denk aan de grensoverschrijdende fusie van de dochter waaraan een overkoepeld herstructureringsbesluit op concernniveau ten grondslag ligt. Het is denkbaar dat de Europese ondernemingsraad vanuit een Europees perspectief de herstructureringsoperatie ondersteunt, terwijl de (centrale) ondernemingsraad van de vennootschap die fuseert een negatief advies afgeeft vanwege de negatieve gevolgen voor de Nederlandse werknemers. Nu zou men kunnen stellen dat het positieve advies van de Europese ondernemingsraad over het herstructureringsbesluit maakt dat een art. 26 WOR beroepsprocedure naar aanleiding van het negatieve besluit nog maar weinig kans van slagen heeft. Dit risico is in de literatuur wel aangestipt.¹²⁸ Ik zie dit risico niet.¹²⁹ Het besluit tot fuseren op dochterniveau is een besluit van de dochtervennootschap zelf. De rechtspraak van de OK maakt duidelijk dat de dochtervennootschap bij de besluitvorming zelfstandig de betrokken belangen op redelijke wijze dient af te wegen. De concernstrategie (waarover de Europese ondernemingsraad positief heeft geadviseerd) is slechts één van de belangen. Een positief advies van de Europese ondernemingsraad bevrijdt de vennootschap geenszins van haar verplichting uiteen te zetten om welke redenen tot de fusie is besloten.

7.4 Betrokkenheid in relatie tot de vestigingsvrijheid

De Tiende Richtlijn verwijst voor de betrokkenheid naar Richtlijn 2002/14/EG en de EOR-Richtlijn.¹³⁰ De betrokkenheid van werknemers manifesteert zich binnen een

127 Hof Amsterdam (OK) 21 juli 2006, *JAR* 2006/225, *ARO* 2006, 141 (*Fresenius Hemocare Netherlands*).

128 Slagter (1994), p. 204-206; De Bijll Nachenius (1994), p. 264-265; Honée (1995), p. 49; Roest (1996), p. 171; Van het Kaar (1999), p. 53-54.

129 Ook Verburg (2007a), p. 266 meent dat op de kansen van de Nederlandse ondernemingsraad in een OK-procedure niet of nauwelijks invloed behoort uit te gaan van de opstelling van de Europese ondernemingsraad.

130 Art. 17 van de Herschikkingsrichtlijn bepaalt dat verwijzingen naar de ingetrokken EOR-Richtlijn te gelden hebben als verwijzingen naar de Herschikkingsrichtlijn.

eigen systematiek die los staat van de grensoverschrijdende fusie als zodanig. De Europese regels inzake betrokkenheid moeten worden toegepast bij bepaalde besluiten die de onderneming raken. Het gaat om minimumrichtlijnen. Het is de lidstaten toegestaan aan werknemers(vertegenwoordigers) een hoger niveau van betrokkenheid toe te kennen dan is voorgeschreven. Maar waar ligt de grens? Tot welk niveau verdraagt de betrokkenheid zich met de vestigingsvrijheid waarop de Tiende Richtlijn is gebaseerd? Deze vraag is relevant nu het bevorderen van grensoverschrijdende fusies een voornaam uitgangspunt van de regeling inzake de betrokkenheid betreft.

De (centrale) ondernemingsraad heeft op grond van art. 25 WOR veelal een adviesrecht met betrekking tot een voorgenomen besluit tot grensoverschrijdend fuseren. Deze bevoegdheid stemt overeen met de minimumnormen uit Richtlijn 2002/14/EG. Richtlijn 2002/14/EG geeft werknemersvertegenwoordigers recht op informatie en raadpleging over *'beslissingen die ingrijpende veranderingen voor de arbeidsorganisatie of de arbeidsovereenkomsten kunnen meebrengen (...)'*. De raadpleging geschiedt op basis van de door de ondernemer te verstrekken informatie aan de werknemersvertegenwoordigers en het advies dat de werknemersvertegenwoordigers kunnen uitbrengen. Richtlijn 2002/14/EG gaat er dus vanuit dat de werknemersvertegenwoordigers de gelegenheid hebben een advies uit te brengen waarmee de ondernemer rekening kan houden. Het adviesrecht van art. 25 WOR is hiermee in lijn. Hetzelfde geldt voor het nationale implementatierecht ten opzichte van de EOR-Richtlijn. Hoewel secundair Unierecht van een lagere orde is dan het VWEU – hetgeen een toetsing *aan* de vestigingsvrijheid van art. 49 VWEU mogelijk maakt – zijn de in Richtlijn 2002/14/EG en in de EOR-Richtlijn geharmoniseerde minimumregels te beschouwen als de rechtens geldende norm.¹³¹ Bovendien is het recht op betrokkenheid – in de zin van informatie- en raadplegingsrechten – in art. 27 van het EU-Handvest van de grondrechten neergelegd. De minimumnormen van Richtlijn 2002/14/EG en de EOR-Richtlijn geven invulling aan de sociale markteconomie die het VEU voorstaat.

Het adviesrecht van art. 25 WOR is versterkt met een beroepsrecht bij de OK. Met deze bevoegdheid is Richtlijn 2002/14/EG onbekend. Op de lidstaten rust de plicht dat zij geen regelingen uitvaardigen en handhaven die met het Unierecht in strijd zijn.¹³² Het beroepsrecht van art. 26 WOR kan een belemmering opwerpen voor de vrijheid van vestiging. Indien de ondernemer ondanks een negatief advies van de ondernemingsraad de fusie wenst door te zetten, is hij verplicht de uitvoering van het besluit gedurende een maand op te schorten (art. 25 lid 6 WOR). Het is de ondernemer gedurende deze opschortingsperiode verboden de onderneming onder gemeenschappelijke zeggenschap met de fusiepartner te brengen. De ondernemingsraad heeft daarnaast de mogelijkheid tegelijk met het verzoekschrift een verzoek tot

¹³¹ Deze leer wordt in de doctrine wel aangeduid als de Tedeschi-regel, naar het gelijknamige arrest van het Hof van Justitie (HvJ EG 5 oktober 1977, nr. C-5/77 (*Tedeschi*)).

¹³² Asser & Hartkamp 3-1* (2011), nr. 27.

het treffen van voorlopige voorzieningen in te dienen (art. 26 lid 8 WOR), zoals een verbod jegens de ondernemer de fusieprocedure voort te zetten (vgl. paragraaf 7.2.3.10). Verdergaande nationale regels die een beperking vormen op de vrijheid van vestiging bij grensoverschrijdende fusies zijn slechts toegestaan indien zij een rechtmatig doel nastreven en hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang. De beperking moet voorts geschikt zijn ter bereiking van het ermee beoogde doel en mag niet verder gaan dan met het oog daarop noodzakelijk is.¹³³

In mijn visie behelst het beroepsrecht van art. 26 WOR een gerechtvaardigde belemmering op de vrijheid van vestiging. Het doel van het beroepsrecht is gelegen in de bescherming van de betrokkenheid, in die zin dat de bepaling beoogt dat de deelnemende vennootschap het advies van de ondernemingsraad ook daadwerkelijk in haar besluitvorming betreft. Art. 26 WOR heeft zagezegd tot doel te garanderen dat de betrokkenheid het effect sorteert dat het beoogt. In het arrest *Viking* uit 2007 overwoog het Hof van Justitie dat de Europese Unie niet alleen een economisch maar ook een sociaal doel heeft.¹³⁴ Het beroepsrecht is geschikt ter bereiking van het sociale doel. Bij de beoordeling of het middel ook noodzakelijk is, moet het recht tot vestiging worden afgewogen tegen de bescherming van het recht op advies van de werknemers. In dat verband is relevant dat de OK de inhoudelijke kant van het besluit van de ondernemer slechts marginaal toetst (de belangenafweging). De OK neemt in beginsel geen plaats op de stoel van de ondernemer. Bovendien is de beroepsprocedure bij de OK een relatief snelle procedure. De wet vereist dat de OK het verzoek behandelt met de meeste spoed (art. 26 lid 5 WOR). Doorgaans wijst de OK op een termijn van uiterlijk zes weken na indiening van het verzoekschrift beschikking.¹³⁵ Ook dat maakt dat ik meen dat de beroepsprocedure een gerechtvaardigde belemmering is.

Wat geldt in de situatie dat de ondernemer in een ondernemingsovereenkomst ex art. 32 WOR de ondernemingsraad een instemmingsrecht heeft gegeven met betrekking tot een voorgenomen besluit tot grensoverschrijdend fuseren? De ondernemingsraad heeft het dan in de hand of al dan niet tot fuseren kan worden overgegaan. Een dergelijke afspraak zal in de praktijk niet snel voorkomen, maar is hypothetisch gezien mogelijk. Het gaat om een contractuele afspraak tussen twee particulieren. Een dergelijke contractuele afspraak kan hoogstwaarschijnlijk niet aan

133 Ik zou menen dat - nu art. 49 VWEU rechtstreekse werking heeft - de deelnemende vennootschap aan de OK ter beoordeling kan voorleggen of de toepassing van art. 26 WOR met de vestigingsvrijheid in strijd is. Hoewel het geschil zich voordoet tussen particulieren onderling, betoogt de deelnemende vennootschap dat een nationale regeling van privaatrechtelijke aard (art. 26 WOR) zich niet verdraagt met de vestigingsvrijheid. Het gaat om een indirecte horizontale doorwerking van het VWEU. De doorwerking geschiedt via het eventueel door de nationale rechter buiten toepassing stellen van een nationale regel. De OK heeft op haar beurt de mogelijkheid tot het stellen van een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie.

134 HvJ EG 11 december 2007, NJ 2008/149, JAR 2008/20 (*International Transport Workers Federation/Viking Line ABP*). Over dit arrest nader Franssen & Van Lent (2008).

135 Vink & Van het Kaar (2013), p. 186.

de vrijheid van vestiging van art. 49 VWEU worden getoetst. Dit geldt temeer nu de ondernemer de afspraak geheel vrijwillig met de ondernemingsraad is aangegaan. De ondernemingsraad verkeert ten opzichte van de ondernemer niet in een machtspositie zodat men zich reeds om deze reden kan afvragen of de contractuele belemmering wel door de vestigingsvrijheid moet worden gecorrigeerd.

7.5 De situatie na voltooiing van de fusie

7.5.1 Behoud bevoegdheden van de Nederlandse ondernemingsraad

7.5.1.1 De onderneming blijft in Nederland gelegen

De Tiende Richtlijn kent geen specifieke regeling ter bescherming van de ondernemingsrechtelijke medezeggenschap. Dat is ook niet nodig, nu een grensoverschrijdende fusie valt onder het toepassingsbereik van Richtlijn 2001/23/EG inzake overgang van onderneming (Richtlijn 2001/23/EG).¹³⁶ Nu de WOR-bevoegdheden geen arbeidsvoorwaarden zijn, gaan deze bevoegdheden van de werknemers (vertegenwoordigers) niet mee over op grond van art. 3 Richtlijn 2001/23/EG. Voor de medezeggenschap kent Richtlijn 2001/23/EG in art. 6 een aparte regeling welke beoogt te verzekeren dat de medezeggenschap als een gevolg van de overgang van onderneming niet ongunstig wordt beïnvloed. Deze bepaling is vanuit een Nederlands perspectief slechts van toepassing indien de Nederlandse vennootschap bij de fusie als de verdwijnende vennootschap optreedt (dus bij een *outbound* fusie). Alleen dan vindt een wijziging in het werkgeverschap plaats. Treedt de Nederlandse vennootschap op als de verkrijgende partij, dan vindt er geen wijziging plaats in het werkgeverschap en blijven de nationale regels inzake de betrokkenheid (lees: de WOR-bevoegdheden) reeds om die reden van toepassing.

Art. 6 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG maakt een onderscheid tussen ondernemingen die na de overgang als eenheid blijven bestaan (eerste alinea) en ondernemingen die hun eenheid verliezen doordat zij bijvoorbeeld in de organisatiestructuur van de verkrijger opgaan (vierde alinea). De positie en de functie van de vertegenwoordigers of vertegenwoordiging van de bij de overgang betrokken werknemers blijven behouden voor zover de overgenomen onderneming als eenheid blijft bestaan. In het arrest *UGT-FSP* overwoog het Hof van Justitie dat het begrip ‘als eenheid blijven bestaan’ geen synoniem is van het begrip ‘identiteitsbehoud’.¹³⁷ Het gaat om de

¹³⁶ Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van onderneming, vestigingen of onderdelen van onderneming of vestigingen (*PbEG* 2001, L 082/16).

¹³⁷ HvJ EU 29 juli 2010, nr. C-151/09, *JAR* 2010/217 (*UGT-FSP*). De zaak die leidde tot het arrest *UGT-FSP* had betrekking op een overgang van onderneming die zich binnen de landsgrenzen van Spanje voerde. De rechtsregel geldt ook voor een grensoverschrijdende overgang. Het feit dat de verkrijger een buitenlandse rechtspersoon betreft, maakt niet dat de toepassing verschilt van een puur interne situatie.

bevoegdheid zich zelfstandig te organiseren. Dit houdt volgens het Hof van Justitie in ‘*De bevoegdheid van haar verantwoordelijke op relatief vrije en onafhankelijke manier het werk binnen de entiteit te organiseren ter voortzetting van haar eigen economische activiteit en meer in het bijzonder de bevoegdheid om bevelen en opdrachten te geven, om de taken te verdelen tussen ondergeschikten binnen de betrokken entiteit en om te beslissen over de aanwending van de te harer beschikking staande materiële activa, dit alles zonder rechtstreekse tussenkomst van andere organisatiestructuren van de werkgever*’.

Bij een grensoverschrijdende fusie zal de eenheid van de onderneming die de verdwijnende vennootschap in stand houdt veelal blijven bestaan. De onderneming wordt als een geheel overgedragen. De grensoverschrijdende fusie als zodanig leidt niet tot een verplaatsing van of een wijziging in de ondernemingsactiviteit en het zal in beginsel zo zijn dat de onderneming – in eerste instantie – de bevoegdheid behoudt op een onafhankelijke manier het werk op dezelfde wijze voor te zetten. Dit betekent dat de medezeggenschapsstructuur zoals die voor de fusie gold, behouden blijft. Dit geldt voor de ondernemingsraad, maar ook voor een eventuele centrale dan wel groepsondernemingsraad die voorafgaand aan de fusie is ingesteld op het niveau van de verdwijnende vennootschap.

Nederland heeft art. 6 lid 1 (eerste alinea) Richtlijn 2001/23/EG niet geïmplementeerd. De Minister van Justitie achtte implementatie niet nodig nu de WOR voldoende waarborgen biedt ter bescherming van de medezeggenschapsbevoegdheden van de werknemers. De gedachte is dat wanneer de overgedragen entiteit na de overgang onder de definitie van art. 1 lid 1 (c) WOR valt en meer dan 50 werknemers heeft, sowieso sprake is van een verplichting tot de instelling van een ondernemingsraad. In de literatuur is hierop kritiek geleverd.¹³⁸ Belangrijkste kritiekpunt is dat het Hof van Justitie in het arrest *UGT-FSP* een interne invulling aan het begrip ‘eenheid’ geeft, terwijl het begrip ‘onderneming’ in de WOR vereist dat sprake is van een naar buiten toe als zelfstandige eenheid optredend organsatorisch verband. Zowel Zaal als Beltzer pleit voor een wetswijziging van de WOR.¹³⁹ Ik sluit mij bij hen aan. Bij grensoverschrijdende fusies levert de leemte in de wet overigens weinig problemen op. Beide begrippen overlappen elkaar doorgaans.¹⁴⁰

De uitkomst is anders bij een centrale dan wel groepsondernemingsraad die voorafgaand aan de fusie is ingesteld op een ander niveau binnen het concern. Art. 6 Richtlijn 2001/23/EG koppelt het behoud van de medezeggenschapsstructuur aan het gegeven dat de onderneming waarbij de ondernemingsraad is ingesteld zijn eenheid behoudt. Aan dit vereiste is niet voldaan indien de centrale dan wel groepsondernemingsraad is ingesteld bij een andere concernonderneming dan de

¹³⁸ Zaal (2010), p. 81; Beltzer (2010).

¹³⁹ Idem. Op p. 87 van haar bijdrage doet Zaal een concreet voorstel tot aanpassing van de WOR.

¹⁴⁰ Vgl. Rb. Leeuwarden 14 oktober 2009, *JAR* 2009/281 m.nt. Knipschild (*Or Skewiel Trynwälden/Stichting Zorggroep Tellens*).

onderneming die overgaat op grond van Richtlijn 2001/23/EG. De centrale dan wel groepsondernemingsraad gaat dus niet mee over.

Er doet zich geen probleem voor als de Nederlandse onderneming van de verdwijnende vennootschap na de fusie nog steeds deel uitmaakt van de groep in de zin van art. 33 WOR waarvoor de centrale dan wel groepsondernemingsraad is ingesteld. Maar wat als dit niet het geval is?¹⁴¹ Hoe zit het dan met de werknemersvertegenwoordigers die voorafgaand aan de fusie lid waren van de centrale dan wel groepsondernemingsraad en door de fusie hun lidmaatschap verliezen? Art. 6 lid 1 (vierde alinea) Richtlijn 2001/23/EG verplicht de lidstaten maatregelen te nemen om ervoor te zorgen dat de bij de overgang betrokken werknemers na de overgang op een zelfde wijze vertegenwoordigd blijven. In het arrest *UGT-FSP* overwoog het Hof van Justitie dat het mandaat van de werknemersvertegenwoordigers blijft gelden totdat een nieuwe werknemersvertegenwoordiging is samengesteld ten aanzien waarvan alle werknemers – ook de overgenomen werknemers – invloed hebben uitgeoefend. Het Hof van Justitie maakte niet duidelijk wat wordt verstaan onder ‘behoud van het mandaat’. In de Nederlandse literatuur wordt ervan uitgegaan dat is bedoeld op het behoud van de individuele als ook de collectieve bevoegdheden van het medezeggenschapsrecht.¹⁴² Dit acht ik niet juist. De collectieve bevoegdheden komen niet aan de werknemersvertegenwoordigers afzonderlijk maar aan het vertegenwoordigingsorgaan als collectief toe. Het vertegenwoordigingsorgaan gaat niet mee over zodat de collectieve bevoegdheden komen te vervallen. De werknemersvertegenwoordigers behouden slechts hun individuele bevoegdheden – zoals de ontslagbescherming – totdat hun ambtstermijn rechtsgeeldig is verstreken. Ook behouden zij hun functie als werknemersvertegenwoordiger. Het woord ‘mandaat’ omvat een vertegenwoordigingsaspect. De werknemersvertegenwoordigers zullen op basis van het na de fusie op de onderneming toepasselijke recht geïnformeerd en geraadpleegd moeten worden.

Nederland heeft art. 6 lid 1 (vierde alinea) Richtlijn 2001/23/EG evenmin geïmplementeerd. Dit zal ook nu niet tot complicaties leiden. De werknemersvertegenwoordigers uit de centrale dan wel groepsondernemingsraad hebben voorafgaand aan de fusie eveneens zitting in de ondernemingsraad en deze ondernemingsraad gaat doorgaans wel mee over (zie hiervoor). De overgegangene werknemersvertegenwoordigers behouden vanuit hun deelname in de ondernemingsraad reeds hun individuele bevoegdheden en hun functie.

¹⁴¹ Dit is doorgaans het geval indien de voormalige Nederlandse moedervernootschap na de fusie geen deelneming heeft van meer dan 50% in het geplaaste kapitaal van de uit de fusie ontstane vennootschap. Zie over het groepsbegrip nader paragraaf 7.2.2. De uit de fusie ontstane vennootschap vormt met de Nederlandse voormalige moedervernootschap dan geen groep in de zin van art. 33 WOR, zodat de ondernemingsraad van de Nederlandse werknemers na de fusie niet langer deel uitmaakt van de centrale dan wel groepsondernemingsraad.

¹⁴² Zaal (2010), p. 86.

7.5.1.2 Het verplaatsen van de onderneming naar het buitenland

De WOR heeft territoriale werking. Bij een verplaatsing van de ondernemingsactiviteit naar het buitenland verliest de WOR zijn werking. De grensoverschrijdende fusie als zodanig brengt geen wijziging teweeg in de plaats waar de ondernemingsactiviteit wordt uitgevoerd. Het is evenwel denkbaar dat het voorstel tot grensoverschrijdend fuseren bepaalt dat de Nederlandse onderneming na de fusie naar het buitenland wordt verplaatst. Vooropgesteld moet worden dat de verplaatsing van de ondernemingsactiviteit een zelfstandig besluit is ten opzichte van het besluit tot juridisch fuseren. Voor de toepassing van de WOR gaat het om twee afzonderlijke besluiten. Het na de fusie verplaatsen van de ondernemingsactiviteit naar het buitenland valt strikt genomen ook niet binnen het toepassingsbereik van Richtlijn 2001/23/EG.¹⁴³ Met de verplaatsing treedt immers geen wijziging op in de juridische entiteit van de werkgever. Dit betekent dat aan art. 6 Richtlijn 2001/23/EG geen betekenis toekomt en de verplaatsing van de ondernemingsactiviteit naar het buitenland er in beginsel toe leidt dat de werknemers hun WOR-bevoegdheden verliezen.

Onder omstandigheden kunnen het besluit tot grensoverschrijdend juridisch fuseren en het besluit tot het verplaatsen van de ondernemingsactiviteit niet van elkaar worden losgekoppeld bij de toepassing van Richtlijn 2001/23/EG. Ik heb de situatie in gedachte dat de overplaatsing gelijktijdig met of binnen een paar weken na de juridische fusie geschiedt en één van de drijfveren voor dit laatste besluit betreft. Onder zulke omstandigheden bestaat een dusdanig sterke connectie tussen beide besluiten dat zij in het kader van Richtlijn 2001/23/EG als één en dezelfde aangelegenheid moeten worden beschouwd. In dat geval valt het besluit tot het verplaatsen van de ondernemingsactiviteit naar het buitenland binnen het toepassingsbereik van Richtlijn 2001/23/EG. Hoe meer tijd tussen beide besluiten zit, hoe moeilijker de verplaatsing zal zijn terug te voeren tot het besluit juridisch te fuseren. Waar die grens ligt, is lastig op voorhand aan te geven en is sterk afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het geval.

Valt het besluit tot overplaatsing van de ondernemingsactiviteit binnen het bereik van Richtlijn 2001/23/EG, dan regelt art. 6 Richtlijn 2001/23/EG de bescherming van de ondernemingsrechtelijke medezeggenschapsrechten van de Nederlandse werknemers. De eenheid van de onderneming zal doorgaans als gevolg van de verplaatsing verloren gaan. Dat is zeker het geval als de verkrijger de overgenomen activiteit integreert binnen zijn eigen onderneming. Maar ook indien dit niet het geval is, blijft de eenheid hoogstwaarschijnlijk niet bestaan. De A-G merkt in haar conclusie bij het *UGT-FSP* arrest op dat bij de toetsing of de eenheid behouden is gebleven belang toekomt aan de organisatorische realiteit van de betrokken entiteit na de overgang.¹⁴⁴ Ik leid hieruit af dat de inbedding van de onderneming in een buitenlands rechtstelsel

¹⁴³ Zie nader Verburg (2012), p. 116.

¹⁴⁴ Zie punt 96 van de conclusie van A-G Sharpstone van 6 mei 2010, nr. C-151/09.

en de toepassing van een buitenlands medezeggenschapssysteem maken dat van een behoud van eenheid in de zin van art. 6 Richtlijn 2001/23/EG niet snel sprake zal zijn.

Het bovenstaande betekent dat de bescherming van de ondernemingsrechtelijke medezeggenschapsrechten van de Nederlandse werknemers vorm krijgt op basis van art. 6 lid 1 (vierde alinea) Richtlijn 2001/23/EG. De werknemers moeten naar behoren vertegenwoordigd blijven. De werknemersvertegenwoordigers behouden hun mandaat totdat een nieuwe werknemersvertegenwoordiging is samengesteld ten aanzien waarvan alle werknemers – ook de overgenomen Nederlandse werknemers – invloed hebben uitgeoefend.¹⁴⁵ In paragraaf 7.5.1.1 stelde ik dat het behoud van mandaat slechts betrekking heeft op de individuele bevoegdheden van de werknemersvertegenwoordigers en hun functie. Dit geldt ook hier. Bij een verplaatsing van de ondernemingsactiviteit naar het buitenland krijgen de collectieve bevoegdheden vorm op basis van het medezeggenschapsrecht van het land waar de onderneming zich na de overgang bevindt.¹⁴⁶ Deze uitkomst is in lijn met de rechtspraak van het Hof van Justitie. Het Hof overwoog in het arrest *Collino en Chiappero* dat Richtlijn 2001/23/EG niet tot doel heeft de werknemer meer bescherming te bieden dan dat hij zonder de overgang zou hebben genoten.¹⁴⁷ Indien de vervreemder de ondernemingsactiviteit zelf naar het buitenland had verplaatst (dus zonder een wijziging in het werkgeverschap en zonder nadere afspraken), zou het toepasselijke medezeggenschapsrecht ook zijn gewijzigd.

Dit neemt niet weg dat de functie van de overgenomen werknemersvertegenwoordigers blijft bestaan. Op welke wijze de verkrijger de overgenomen werknemersvertegenwoordigers in de besluitvorming betreft, laat Richtlijn 2001/23/EG over aan het nationale recht van de lidstaten onder de voorwaarde dat de werknemers naar behoren vertegenwoordigd blijven. Bij een verplaatsing van de ondernemingsactiviteit naar het buitenland wordt dit aspect vormgegeven door het buitenlandse implementatierecht.¹⁴⁸ In België is gekozen voor het toevoegen van de overgenomen werknemersvertegenwoordigers aan het bij de verkrijger bestaande medezeggenschapsorgaan (art. 21 § 10 wet behoudende organisatie van het bedrijfsleven). In Duitsland is art. 6 lid 2 Richtlijn 2001/23/EG niet expliciet geïmplementeerd, maar verplicht de wet veelal tot het uitschrijven van nieuwe verkiezingen (§ 13 Abs. 2 Nr. 1 und 6 BetrVG).¹⁴⁹ Tot het moment dat het vertegenwoordigingsorgaan opnieuw is samengesteld, verliezen de

145 Dit geldt voor zowel de werknemersvertegenwoordigers uit de ondernemingsraad als de werknemersvertegenwoordigers uit de centrale dan wel groepsondernemingsraad. Het zal evenwel veelal om dezelfde personen gaan.

146 Laagland (2011), p. 25-27.

147 HvJ EG 14 september 2000, nr. C-343/98, *JAR* 2000/225 (*Collino en Chiappero*), punt 37.

148 Voor een analyse van de bevoegde rechter en het toepasselijke recht bij een grensoverschrijdende overgang van onderneming verwijs ik naar mijn bijdrage in *ArA* 2011, 3 (met name paragraaf 5.3).

149 De Duitse *Betriebsrat* kent een zittingstermijn van vier jaar. Nieuwe verkiezingen zijn onder andere verplicht zodra het aantal werknemers in de onderneming waarvoor de ondernemingsraad is ingesteld met de helft of ten minste vijftig werknemers is toegenomen of afgenomen. Het ijkpunt voor de beoordeling ligt bij twee jaar nadat de ondernemingsraad is ingesteld (vgl. Fitting, Engels & Trebinger (2013), p. 321 (§ 13, Rn. 21-25)). Personeelsveranderingen die zich voordoen voor of →

overgegangene werknemersvertegenwoordigers hun functie (§ 24 Abs. 1 BetrVG). Zij behouden wel hun ontslagbescherming (§ 15 KSchG jo. § 103 BetrVG). Hoewel zowel de Belgische als de Duitse bepaling is geschreven voor een interne overgang van onderneming, noopt een richtlijnconforme interpretatie ertoe de bepalingen tevens toe te passen op de grensoverschrijdende variant.

Het Nederlandse recht kent op dit punt geen expliciete voorziening. Het huidige Nederlandse recht biedt voor een aan het Belgische dan wel Duitse recht soortgelijke oplossing geen mogelijkheden. Het toevoegen van de overgenomen werknemersvertegenwoordigers aan de bestaande ondernemingsraad van de verkrijger is niet toegestaan (art. 6 lid 6 WOR) en nieuwe verkiezingen vinden eerst plaats na afloop van het mandaat van de ondernemingsraad (art. 12 WOR). Een idee is de overgenomen buitenlandse werknemersvertegenwoordigers in een onderdeelcommissie op te nemen die bevoegd is voor aangelegenheden die specifiek de overgenomen werknemers aangaan. Hiervoor is wel de medewerking van de ondernemingsraad van de verkrijger vereist (art. 15 lid 3 WOR).

7.5.1.3 De ondernemingsovereenkomst ex. art. 32 WOR

Voorafgaand aan de fusie kan tussen de ondernemer (lees: de fuserende vennootschap) en de (centrale) ondernemingsraad een ondernemingsovereenkomst ex art. 32 WOR bestaan. In een ondernemingsovereenkomst kunnen de wettelijke bevoegdheden van de ondernemingsraad zijn uitgebreid. De uitbreiding kan zien op aanvullende advies- en instemmingsrechten bij voorgenomen besluiten, maar kan ook een versterking van bepaalde reeds bestaande rechten inhouden. De ondernemingsovereenkomst geeft in dat geval invulling aan de rechtsverhouding tussen de ondernemer en de (centrale) ondernemingsraad. De aanvullende bevoegdheden komen aan de (centrale) ondernemingsraad als contractspartij toe. Als de onderneming bij de fusie als eenheid blijft bestaan en de ondernemingsraad als medezeggenschapsorgaan mee overgaat naar de verkrijgende vennootschap, gaat ook de ondernemingsovereenkomst mee over. Art. 6 lid 1 (eerste alinea) Richtlijn 2001/23/EG stelt dat de positie en de functie van de werknemersvertegenwoordigers behouden blijven onder dezelfde voorwaarden als die voor de overgang bestonden krachtens de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen of een *overeenkomst*. De verkrijgende vennootschap treedt in de plaats van de verdwijnende vennootschap als contractspartij en de ondernemingsraad kan de hem toegekende aanvullende bevoegdheden na de fusie inroepen jegens de verkrijgende vennootschap. In het Nederlandse recht is niet bepaald dat de ondernemingsovereenkomst mee overgaat indien de onderneming zijn eenheid behoudt. Deze lacune in de wet leidt bij een (grensoverschrijdende)

na het ijkpunt zijn niet van belang. Na de overgang is de maximale termijn waarop nieuwe verkiezingen worden uitgeschreven dus twee jaar min een dag. Het is de vraag of een dergelijke lange termijn richtlijnconform is nu de overgegangene werknemersvertegenwoordigers in de tussentijd hun functie verliezen. Ik verwacht van niet.

juridische fusie niet tot problemen.¹⁵⁰ Op grond van art. 2:309 BW treedt de verkrijgende vennootschap in alle rechten en plichten van de verdwijnende vennootschap. Hieronder vallen ook de contractuele verplichtingen jegens de ondernemingsraad.

Blijft de eenheid van de onderneming niet behouden, dan gaat de ondernemingsraad als vertegenwoordigingsorgaan niet mee over naar de verkrijgende vennootschap. Dit zal zich bij een fusie niet snel voordoen (zie paragraaf 7.5.1.1), maar is hypothetisch gezien mogelijk. In een dergelijke situatie houdt één van de contractspartijen (lees: de ondernemingsraad) op te bestaan en komt de ondernemingsovereenkomst tot een einde. Een ondernemingsovereenkomst die is gesloten met een centrale ondernemingsraad die voorafgaand aan de fusie op een ander niveau binnen het concern is ingesteld, gaat uiteraard ook niet mee over.

In een ondernemingsovereenkomst kunnen ook arbeidsvoorwaarden zijn neergelegd. De arbeidsvoorwaarden uit een ondernemingsovereenkomst werken niet automatisch door in de individuele arbeidsovereenkomst van werknemers. Doorwerking vereist aanbod en aanvaarding. Veelal zal een arbeidsovereenkomst een incorporatiebeding bevatten dat de ondernemingsovereenkomst op de individuele arbeidsovereenkomst van toepassing verklaart.¹⁵¹ De arbeidsvoorwaarden uit de ondernemingsovereenkomst maken dan integraal deel uit van de arbeidsovereenkomst van de werknemer zodat het individuele recht hierop mee overgaat op grond van art. 7:662 BW. Ook in het Duitse recht kunnen overeenkomsten met de

150 Bij een bedrijfsfusie of een overgang bij overeenkomst ontstaat wel een probleem nu de Nederlandse wet niet bepaalt dat de ondernemingsovereenkomst bij het behoud van de eenheid van de onderneming mee overgaat. Art. 7:662 BW spreekt expliciet over de contractuele rechten en plichten tussen werkgever en werknemer. De rechten en plichten tussen werkgever en ondernemingsraad worden niet genoemd.

151 Een ander aspect is de vraag hoe (gewijzigde) afspraken met de ondernemingsraad doorwerken tijdens het bestaan van de arbeidsovereenkomst en de werknemer met de (nieuwe) afspraken niet instemt. Het gaat dan om een wijziging van de bestaande arbeidsovereenkomst zodat de toelaatbaarheid wordt beoordeeld aan de hand van de artt. 7:613 of 7:611 BW. Discussie bestaat over de doorwerking van de afspraken in het geval dat de ondernemingsraad uitvoering geeft aan een delegatiebepaling in een cao. De kantonrechter Utrecht achtte in zijn uitspraak van 23 maart 2011, *JAR* 2011/125, *RAR* 2011/96 m.nt. Vogel (*FNV Bondgenoten*) art. 7:613 BW van toepassing, terwijl de kantonrechter Amsterdam in zijn uitspraak van 14 november 2011, *JAR* 2011/302 m.nt. Nekeman (*Telegraaf Media Groep*) overwoog dat de afspraken rechtstreeks doorwerkten. In deze laatste uitspraak werd beslissend geacht dat het ging om de uitwerking van een cao-bepaling en dat de cao stelde dat de decentrale afspraken bindend waren voor werknemers en werkgevers. De kantonrechter Amsterdam lijkt er vanuit te gaan dat cao-partijen hun bevoegdheden kunnen delegeren aan de ondernemingsraad, als gevolg waarvan de afspraken met de ondernemingsraad de werknemer binden op basis van het cao-recht. Ik ben hier geen voorstander van. De ondernemingsraad bestaat uit werknemers die zich in een afhankelijke positie bevinden ten opzichte van de ondernemer en is in dat opzicht qua onderhandelingspartner niet te vergelijken met een vakbond. De doorwerking via de band van art. 7:613 BW sluit in mijn optiek beter aan bij de positie die de ondernemingsraad binnen de onderneming bekleedt. Zie over dit onderwerp ook Rayer & Leeuwen-Scheltens (2011), p. 30-36.

ondernemingsraad arbeidsvoorwaarden bevatten (*Betriebsvereinbarungen*). Deze arbeidsvoorwaarden maken geen deel uit van de individuele arbeidsovereenkomst. Indien de eenheid van de onderneming niet blijft bestaan en het medezeggenschapsorgaan niet mee overgaat, komt de overeenkomst te vervallen op de wijze zoals dat in Nederland voor de ondernemingsovereenkomst inzake een uitbreiding van de wettelijke bevoegdheden geldt. Om te voorkomen dat de Duitse werknemers hun arbeidsvoorwaarden verliezen als een gevolg van de overgang, bepaalt het Duitse recht dat de inhoud van de ondernemingsovereenkomst onderdeel wordt van de individuele arbeidsovereenkomsten van de werknemers die overgaan (§ 613a Abs. 1 Satz 2 BGB).¹⁵²

7.5.2 Behoud bevoegdheden van de Europese ondernemingsraad

7.5.2.1 De overgang van een Europese ondernemingsraad

Art. 6 Richtlijn 2001/23/EG beschermt ook de betrokkenheid van de Nederlandse werknemers in het kader van de Europese ondernemingsraad.¹⁵³ Dat de vervreemder en het hoofdbestuur niet per definitie overeenstemmen, doet hier niet aan af. Het recht op voorzetting van de ondernemingsrechtelijke medezeggenschapsrechten van de overgenomen werknemers lijkt niet te zijn beperkt tot de directe relatie tussen werknemer en werkgever. Bovendien heeft het Hof van Justitie de relatie werknemer en werkgever in het *Albron* arrest uit 2010 ruim omschreven.¹⁵⁴ Ook de EOR-Richtlijn gaat ervan uit dat de Europese ondernemingsraad van de overgenomen onderneming als gevolg van een fusie kan blijven bestaan. Art. 13 EOR-Richtlijn – welk artikel met de Herschikkingsrichtlijn aan de EOR-Richtlijn is toegevoegd – noopt tot nieuwe onderhandelingen over de samenstelling en bevoegdheden van een Europese ondernemingsraad bij structurele veranderingen die zich voordoen in de onderneming dan wel het concern met een communautaire dimensie. De derde alinea bepaalt dat de bestaande Europese ondernemingsraden tijdens de onderhandelingen blijven bestaan. Het gebruik van het meervoud impliceert dat een Europese ondernemingsraad kan overgaan op grond van art. 6 Richtlijn 2001/23/EG.

¹⁵² Deze regel geniet uitzondering in het geval dat bij de verkrijger een andere ondernemingsovereenkomst van toepassing is, zelfs indien deze andere ondernemingsovereenkomst slechtere arbeidsvoorwaarden kent. Zie over dit onderwerp nader Palandt & Weidenkaff (2012), p. 925 (§ 613a BGB, Rn. 28-32).

¹⁵³ Ook in de *Equant* beschikking van Hof Amsterdam (OK) 1 april 2004, *JAR* 2004/110 gaan partijen er vanuit dat de Europese ondernemingsraad van de verdwijnende vennootschap na de fusie was blijven bestaan. Het was immers de uit de fusie ontstane vennootschap die de EOR-overeenkomst na de fusie opzegde. Anders Engels (2012), p. 102.

¹⁵⁴ HvJ EU 21 oktober 2010, *NJ* 2010/576, *JAR* 2010/298 (*Albron Catering BV/FNV Bondgenoten & John Roest*).

Verschillende situaties kunnen zich voordoen. Is de Europese ondernemingsraad ingesteld bij een enkelvoudige vennootschap met een communautaire dimensie, dan gaat de Europese ondernemingsraad bij een *outbound* fusie mee over naar de buitenlandse verkrijgende vennootschap. Alle ondernemingen die de vennootschap in stand houdt, gaan over als gevolg van de fusie zodat de identiteit van de communautaire onderneming waarbij de EOR is ingesteld, behouden blijft. Dit geldt indien de Europese ondernemingsraad is ingesteld op basis van de referentievoorwaarden dan wel op basis van een overeenkomst. Art. 6 lid 1 (eerste alinea) Richtlijn 2001/23/EG spreekt over de bevoegdheden uit wet en overeenkomst. Het Nederlandse noch het Duitse en het Belgische recht kennen echter een bepaling die regelt dat de Europese ondernemingsraad na de overgang (hier de fusie) blijft bestaan. Dit is niet problematisch. Dit rechtsgevolg kan men afleiden uit de implementatie van art. 13 EOR-Richtlijn in de drie nationale rechtsstelsels (voor Nederland art. 14a WEOR, voor Duitsland § 37 EBRG en voor België art. 28 cao nr. 101). De tekst van de bepalingen gaat uit van de mogelijkheid dat meerdere Europese ondernemingsraden naast elkaar bestaan en functioneren.

Het is ook mogelijk dat de Nederlandse aan de fusie deelnemende vennootschap voorafgaand aan de fusie deel uitmaakt van een communautair concern waarbij een Europese ondernemingsraad is ingesteld. Bij een *inbound* fusie blijft de Europese ondernemingsraad in functie met dien verstande dat bij een structurele verandering nieuwe onderhandelingen genoodzaakt zijn (zie nader paragraaf 7.5.2.2). Bij een *outbound* fusie verliezen de werknemersvertegenwoordigers van de Nederlandse fusierende vennootschap hun zetel in de Europese ondernemingsraad. Ik illustreer dit aan de hand van het volgende voorbeeld:

Een Nederlandse BV met 400 werknemers en een Duitse GmbH met 300 werknemers willen fuseren. De Nederlandse BV is deel van een Nederlands intracommunautair concern waarbij een Europese ondernemingsraad is ingesteld. De Duitse GmbH is een communautaire onderneming met eveneens een Europese ondernemingsraad. De Nederlandse BV treedt bij de fusie op als de verdwijnende vennootschap. Twee werknemers van de Nederlandse BV waren voorafgaand aan de fusie aangesteld als werknemersvertegenwoordigers in de Europese ondernemingsraad.

Naar kan worden aangenomen valt de verdwijnende Nederlandse vennootschap na de fusie niet meer onder de dominantie van de Nederlandse topholding. De verdwijnende Nederlandse vennootschap maakt na de fusie daarom niet langer deel uit van het Nederlandse intracommunautaire concern waarbij een Europese ondernemingsraad is ingesteld. De Europese ondernemingsraad gaat niet over op de uit de fusie ontstane buitenlandse vennootschap. Uiteraard wordt de Europese ondernemingsraad ook niet gesplitst. De werknemersvertegenwoordigers van de Nederlandse BV verliezen dus hun zetel in de Europese ondernemingsraad van het Nederlandse intracommunautaire concern. Vanuit het perspectief van de Europese ondernemingsraad die bij de Duitse GmbH is ingesteld, is sprake van een

ingrijpende structuurwijziging als gevolg waarvan de werknemers (uit twee landen) een verzoek kunnen indienen tot heronderhandelen. Voor zover de Nederlandse werknemers er al in slagen werknemers uit andere lidstaten te enthousiasmeren een verzoek in te dienen (de andere werknemers van de GmbH worden reeds door de bestaande Europese ondernemingsraad vertegenwoordigd en zullen bij nieuwe onderhandelingen over het algemeen weinig te winnen hebben), nemen de onderhandelingen al gauw twee jaar in beslag.

Dit betekent niet dat aan de EOR-bevoegdheden van de werknemers van de Nederlandse BV geen bescherming toekomt. Ook nu blijft op grond van art. 6 lid 1 (vierde alinea) Richtlijn 2001/23/EG het mandaat in stand van de Nederlandse werknemers die voor de fusie zitting hadden in de Europese ondernemingsraad. De werknemersvertegenwoordigers behouden hun functie en individuele bevoegdheden tot het moment dat een nieuwe Europese ondernemingsraad is samengesteld. Het Nederlandse noch het Duitse en Belgische implementatierecht kennen op dit punt een voorziening. Een praktische oplossing is de overgenomen werknemersvertegenwoordigers aan de Europese ondernemingsraad die is ingesteld bij de verkrijger of het concern waarvan de verkrijger deel uitmaakt, toe te voegen totdat een nieuwe Europese ondernemingsraad is samengesteld. De collectieve bevoegdheden van de Nederlandse werknemersvertegenwoordigers komen wel te vervallen. Dit is geen probleem als de beide Europese ondernemingsraden zijn ingesteld op basis van de wettelijke referentievoorschriften. De collectieve bevoegdheden zijn dan aan elkaar gelijk. De collectieve bevoegdheden kunnen verschillen indien één van de twee Europese ondernemingsraden is ingesteld op basis van een overeenkomst.

Deze oplossing biedt geen uitkomst in de situatie dat de verkrijgende vennootschap geen Europese ondernemingsraad kent, noch verplicht is tot het instellen daarvan. Dit speelt in het volgende voorbeeld:

Een Nederlandse BV met 400 werknemers en een Duitse GmbH met 300 werknemers willen fuseren. De Nederlandse BV is onderdeel van een intracommunautair concern waarbij een Europese ondernemingsraad is ingesteld. De Duitse GmbH is een enkelvoudige vennootschap zonder Europese ondernemingsraad. De Nederlandse BV treedt bij de fusie op als de verdwijnende vennootschap. De fusie heeft tot gevolg dat de Nederlandse werknemers hun zetel in de Europese ondernemingsraad verliezen. De Europese ondernemingsraad zelf blijft uiteraard in stand. De uit de fusie ontstane Duitse vennootschap heeft geen communautaire dimensie (want geen 1.000 werknemers in dienst in ten minste twee lidstaten) en voldoet niet aan de instellingsvereisten van de EOR-Richtlijn.

Het slot van art. 6 lid 1 (eerste alinea) Richtlijn 2001/23/EG bepaalt dat werknemersvertegenwoordigers hun positie behouden *'mits aan de voorwaarden ter zake van een werknemersvertegenwoordiging is voldaan'*. Deze bepaling voorkomt dat de uit de fusie ontstane vennootschap wordt geconfronteerd met ondernemingsrechtelijke medezeggenschap, terwijl daartoe op grond van het nationale medezeggenschapsrecht

geen verplichting bestaat. Dit doet zich voor als de instellingsgrens niet wordt gehaald, wat in het bovengenoemde voorbeeld het geval is. De geciteerde zinsnede heeft strikt genomen slechts betrekking op de situatie dat de eenheid van de onderneming behouden blijft. Ik zie echter niet in waarom de gedachte niet heeft te gelden in de situatie dat de werknemersvertegenwoordigers hun mandaat behouden op basis van art. 6 lid 1 (vierde alinea) Richtlijn 2001/23/EG. Het Hof van Justitie overwoog in het arrest *UGT-FSP* dat het mandaat van de werknemersvertegenwoordigers behouden blijft totdat nieuwe verkiezingen hebben plaatsgevonden. Het Hof ging er dus impliciet vanuit dat aan de voorwaarden van het instellen van een werknemersvertegenwoordigers is voldaan. Dit geldt ook voor de tekst van de richtlijn. Art. 6 lid 1 (vierde alinea) Richtlijn 2001/23/EG bepaalt dat de werknemers naar behoren vertegenwoordigd blijven, gedurende de periode die noodzakelijk is voor de totstandkoming van de nieuwe samenstelling van de werknemersvertegenwoordiging of aan de nieuwe aanwijzing van werknemersvertegenwoordigers is voldaan volgens de nationale wetgeving of praktijk. Een *a contrario* redenering leidt tot de constatering dat het mandaat van de werknemersvertegenwoordigers komt te vervallen indien het nationale recht na de fusie niet verplicht tot het instellen van een werknemersvertegenwoordiging. Deze uitkomst doet recht aan een voornaam uitgangspunt dat aan de betrokkenheid bij grensoverschrijdende fusies ten grondslag ligt: de aansluiting bij het nationale recht om grensoverschrijdende fusie te vergemakkelijken. In het bovengenoemde voorbeeld heeft de fusie dus tot gevolg dat de Nederlandse werknemers hun EOR-bevoegdheden verliezen.

7.5.2.2 De samenstelling van een (overgegangene) Europese ondernemingsraad

De vraag naar de samenstelling van de Europese ondernemingsraad is van belang indien voorafgaand aan de fusie bij ten minste één van de deelnemende vennootschappen dan wel het concern waarvan de deelnemende vennootschappen deel uitmaken een Europese ondernemingsraad is ingesteld. Met de inwerkingtreding van de Herschikkingsrichtlijn kent art. 13 EOR-Richtlijn een plicht tot heronderhandelen bij ingrijpende structuurwijzingen.¹⁵⁵ Art. 13 EOR-Richtlijn vindt toepassing op basis van het implementatierecht van de lidstaat waar het hoofdbestuur na de fusie is gevestigd. Art. 13 EOR-Richtlijn is in Nederland geïmplementeerd in art. 14a WEOR, in Duitsland in § 37 EBRG en in België in art. 28 cao nr. 101. De wijze waarop de drie lidstaten art. 13 EOR-Richtlijn hebben geïmplementeerd, verschilt inhoudelijk niet wezenlijk van elkaar.

¹⁵⁵ Indien de Europese ondernemingsraad is ingesteld op basis van een overeenkomst kan de overeenkomst een afwijkende regeling bevatten over hoe moet worden omgegaan met een ingrijpende structuurwijziging en de vertegenwoordiging van overgenomen werknemers. In beginsel moet de procedure zoals neergelegd in de overeenkomst worden gevolgd. Dit geniet uitzondering in het geval bij de fusie meerdere ondernemingen zijn betrokken die een eigen Europese ondernemingsraad hebben en de regelingen in de betrokken overeenkomsten conflicteren. Onder die omstandigheden valt men terug op het onderhandelingsmechanisme van art. 13 EOR-Richtlijn.

Art. 13 EOR-Richtlijn voorziet in een speciale samenstelling van de bijzondere onderhandelingsgroep (BOG) die namens de werknemers onderhandelt over de instelling van een nieuwe Europese ondernemingsraad. Naast de op reguliere wijze verkozen of aangewezen leden zijn van de BOG ten minste drie leden van elk van de bestaande Europese ondernemingsraden lid. Hoe en door wie deze drie bijkomende leden worden aangewezen, is niet bepaald. Art. 13 EOR-Richtlijn laat dit aan de betreffende Europese ondernemingsraden.

Tijdens de onderhandelingsperiode blijven de bestaande Europese ondernemingsraden bestaan en functioneren in *‘overeenstemming met de regelingen opgenomen in een overeenkomst tussen de leden van de Europese ondernemingsraad en het hoofdbestuur’*. De passage keert letterlijk terug in de Nederlandse, Duitse en Belgische implementatie van art. 13 EOR-Richtlijn. De geciteerde tekst roept een aantal vragen op. Denk aan de situatie dat de Europese ondernemingsraad is ingesteld bij een enkelvoudige vennootschap met een communautaire dimensie. Deze Europese ondernemingsraad gaat bij een *outbound* fusie mee over naar de buitenlandse verkrijgende vennootschap (zie paragraaf 7.5.2.1). Wordt nu met het hoofdbestuur bedoeld op het hoofdbestuur van de verdwijnende vennootschap of van de verkrijgende vennootschap dan wel het concern? En wat geldt als de Europese ondernemingsraad voorafgaand aan de fusie was ingesteld op basis van de referentievoorschriften? De tekst doet vermoeden dat de Europese ondernemingsraad dan niet blijft functioneren op een wijze zoals dat voorafgaand aan de fusie het geval was. Dat is uiteraard niet beoogd, maar de tekst wijst wel in die richting. Deze onduidelijkheden lijken mij voor het hoofdbestuur van de verkrijgende vennootschap dan wel het concern waarvan de verkrijgende vennootschap deel uitmaakt reden te meer zo snel mogelijk over te gaan tot de samenstelling van een nieuwe Europese ondernemingsraad.

Onder welke omstandigheden geldt nu een heronderhandelingsplicht na voltooiing van een grensoverschrijdende fusie? Overweging 40 preambule EOR-Richtlijn verwijst bij ingrijpende structuurwijzigingen naar fusies, overnames en splitsingen. Dit betekent niet dat iedere grensoverschrijdende fusie ingrijpend zal zijn. Of hiervan sprake is, moet worden beoordeeld aan de hand van de concrete omstandigheden waarbij de omvang van de fuserende vennootschappen een groot gewicht in de schaal legt. Interessant is de vraag vanuit welk perspectief men de ingrijpendheid moet beoordelen. Denk aan een fusie tussen een Duitse vennootschap met 50 werknemers en een Nederlandse vennootschap met 2.000 werknemers. Bij de Nederlandse vennootschap is een Europese ondernemingsraad ingesteld. Indien de Nederlandse vennootschap als verkrijgende vennootschap optreedt, is de fusie voor de Nederlandse vennootschap nauwelijks te duiden als een ingrijpende structuurwijziging terwijl dit voor de Duitse vennootschap wel het geval zal zijn.

De EOR-Richtlijn maakt niet duidelijk welk perspectief doorslaggevend is. Ook het implementatierecht van Nederland, Duitsland en België besteden aan dit onderwerp geen aandacht. Ik kies niet voor het perspectief van één van de deelnemende vennootschappen. Art. 13 EOR-Richtlijn heeft als doel te voorkomen

dat de de Europese ondernemingsraad binnen de onderneming dan wel het concern niet langer representatief is voor de werknemers die hij vertegenwoordigt. Het ligt daarom voor de hand de ingrijpendheid te beoordelen vanuit het perspectief van de (overgegangene) Europese ondernemingsraad. In het voornoemde voorbeeld is van een ingrijpende structuurwijziging dus geen sprake. Dit geldt temeer in het geval dat de Nederlandse vennootschap deel uitmaakt van een concern en de Europese ondernemingsraad bij het concern is ingesteld. Nu een hernieuwde onderhandelingsplicht ontbreekt, blijft de Europese ondernemingsraad in zijn oude vorm in stand. De werknemers van de Duitse verdwijnende vennootschap worden na de fusie door een Europese ondernemingsraad vertegenwoordigd op wiens samenstelling en bevoegdheden zij geen invloed hebben kunnen uitoefenen.

Het kan tot slot voorkomen dat men na de grensoverschrijdende fusie met meerdere Europese ondernemingsraden te maken krijgt. Dit doet zich voor indien voorafgaand aan de fusie bij zowel de verdwijnende vennootschap (mits deze vennootschap geen onderdeel van een concern uitmaakt) als de verkrijgende vennootschap een Europese ondernemingsraad was ingesteld. De Europese ondernemingsraad van de verdwijnende vennootschap gaat als een gevolg van de fusie mee over naar de uit de fusie ontstane vennootschap die zelf reeds een Europese ondernemingsraad heeft. In dit geval zal doorgaans sprake zijn van een ingrijpende structuurwijziging, zodat ten minste 100 werknemers of hun vertegenwoordigers (uit twee landen) nieuwe onderhandelingen kunnen eisen van het hoofdbestuur van de verkrijgende vennootschap. Ook het hoofdbestuur kan het initiatief tot onderhandelingen nemen. Tijdens de onderhandelingsperiode blijven beide Europese ondernemingsraden naast elkaar bestaan inclusief hun eigen rechten en bevoegdheden. Het kan dus voorkomen dat een besluit aan twee Europese ondernemingsraden ter informatie en raadpleging moet worden voorgelegd.

7.6 Conclusie

Dit hoofdstuk concentreerde zich op de mogelijkheden van de Nederlandse en de Europese ondernemingsraad tot beïnvloeding van een (voor)genomen besluit tot grensoverschrijdend fuseren. De bevoegdheden van beide organen beperken zich tot informatie- en raadplegingsrechten en het in het verlengde daarvan uitbrengen van een advies. In de Nederlandse noch de communautaire rechtsorde tasten de procedures inzake de betrokkenheid de (economische) beslissingsmacht van de ondernemer fundamenteel aan. De procedures modelleren hooguit de soevereine beslissingsmacht van de ondernemer door zijn macht procedureel te beperken. Het is mede hierom dat de betrokkenheid van de Nederlandse werknemers niet in strijd komt met de vestigingsvrijheid waarop de Tiende Richtlijn is gestoeld.

Het ontbreken van beslissingsmacht neemt niet weg dat de betreffende bevoegdheden de werknemersvertegenwoordigers een potentiële kans bieden het voorgenomen fusiebesluit te beïnvloeden. De (centrale) ondernemingsraad ontleent zijn bevoegdheden aan de WOR. Een besluit tot grensoverschrijdend fuseren raakt aan

het spanningsveld tussen de vennootschap en de onderneming. De jurisprudentie van de OK leert dat het onderscheid tussen de ondernemer en de onderneming voor de toepassing van art. 25 WOR als kunstmatig moet worden beschouwd. De (centrale) ondernemingsraad heeft in beginsel op grond van art. 25 WOR een adviesrecht nu de fusie een overdracht dan wel overname van de zeggenschap over de onderneming tot stand brengt. Dit is slechts anders indien de Nederlandse vennootschap als verkrijgende vennootschap optreedt en de buitenlanduitzondering opgaat. In een dergelijke situatie is aan een adviesrecht ook minder behoefte. Voorts voorkomen de technieken toerekening en medeondernemerschap dat de rechtens gerechtvaardigde stem van de werknemers in de juridisch complexe (buitenlandse) concernverhoudingen verloren gaat. Men zou geneigd zijn te denken dat een grensoverschrijdende fusie specifieke problemen oproept in het kader van de WOR. Dat valt mee. De knelpunten verschillen niet wezenlijk van die bij een interne fusie. Voor de oplossingen kan daarom vrij eenvoudig bij bestaande rechtspraak aansluiting worden gezocht. Dit komt tegemoet aan het uitgangspunt van de Tiende Richtlijn dat toepassing van het nationale recht vooropstelt om grensoverschrijdend fuseren te vergemakkelijken.

De WOR beperkt zich tot de Nederlandse rechtssfeer. Voor zover de aan de fusie deelnemende vennootschap deel uitmaakt van een transnationale ondernemingsstructuur is het wenselijk dat alle werknemers(vertegenwoordigers) op een gelijkwaardige wijze worden geïnformeerd en geraadpleegd over het besluit tot grensoverschrijdend fuseren. Deze rol vervult de Europese ondernemingsraad. De aanvullende waarde van de Europese ondernemingsraad voor de Nederlandse werknemers speelt met name in de situatie dat de fuserende vennootschap onderdeel is van een concern en de fusie deel uitmaakt van een meeromvattend transnationaal herstructureringsbesluit. Hoewel de rechtspraak van de OK duidelijk maakt dat de deelnemende Nederlands dochtervennootschap bij de eigen besluitvorming zelfstandig de betrokken belangen op een redelijke wijze dient af te wegen, zal de concernstrategie doorgaans een belangrijke factor zijn. De Europese ondernemingsraad heeft de mogelijkheid op Europees concernniveau invloed op de besluitvorming uit te oefenen. Er bestaat weinig gevaar dat de Europese ondernemingsraad een nadelige invloed heeft op de bevoegdheden van de Nederlandse (centrale) ondernemingsraad. Een positief advies van de Europese ondernemingsraad bevrijdt het bestuur van de Nederlandse dochter geenszins van zijn verplichting uiteen te zetten om welke redenen hij tot een fusievoorstel besluit.

Het blijkt juist dat de bevoegdheden inzake de betrokkenheid van de Nederlandse (centrale) ondernemingsraad niet vervallen als een gevolg van de grensoverschrijdende fusie. Treedt de Nederlandse vennootschap op als verkrijgende partij, dan vindt er geen wijziging plaats in het werkgeverschap en blijft de WOR om die reden van toepassing. Art. 6 Richtlijn 2001/23/EG bewerkstelligt hetzelfde resultaat indien de Nederlandse vennootschap de verdwijnende partij betreft. Nu de grensoverschrijdende fusie als zodanig niet leidt tot een verplaatsing van de onderneming,

wordt dit resultaat ook reeds bereikt via de WOR. Een uitzondering doet zich voor bij een besluit tot verplaatsing van de ondernemingsactiviteit dat nauw samenhangt met het besluit tot grensoverschrijdend fuseren. Dan regelt het buitenlandse implementatierecht op welke wijze de Nederlandse werknemers vertegenwoordigt blijven. Anders dan Nederland kennen Duitsland en België op dit punt een regeling. Hoewel de regeling is geschreven voor een interne overgang van onderneming, geldt de regeling via een richtlijnconforme interpretatie ook voor de grensoverschrijdende variant.

Art. 6 Richtlijn 2001/23/EG beschermt eveneens de bevoegdheden van de Nederlandse werknemers in het kader van de Europese ondernemingsraad. Dat de vervreemder en het hoofdbestuur niet per definitie overeenstemmen, doet daar niet aan af. Het recht op voorzetting van de betrokkenheid lijkt niet te zijn beperkt tot de directe relatie tussen werknemer en werkgever. De Europese wetgever doet er verstandig aan de regeling over een aanpassing van de (overgegangene) Europese ondernemingsraad binnen concernverband nog eens tegen het licht te houden.

8 SLOTBESCHOUWING

8.1 Probleemstelling

De toenemende grensoverschrijdende mobiliteit van kapitaalvennootschappen heeft gevolgen voor de rol die werknemers vervullen binnen de vennootschap waarbij zij werkzaam zijn. Dit besef leeft ook in Europa. Vanaf het eerste moment dat werd nagedacht over een Europese regeling die kapitaalvennootschappen de mogelijkheid zou bieden grensoverschrijdend te fuseren, stond de rol die aan werknemers moest worden toegekend hoog op de agenda. Dat de werknemers een rol zouden krijgen, was duidelijk. De discussie richtte zich op de vraag hoe de regeling inhoudelijk vorm moest hebben.

Voor de betrokkenheid (de ondernemingsrechtelijke medezeggenschap) was de oplossing snel gevonden. Men kon aansluiten bij de eerder tot stand gebrachte richtlijnen op dit terrein. Met betrekking tot de vennootschappelijke medezeggenschap bleek het lastiger tot een compromis te komen. Deze vorm van medezeggenschap is in Europa een controversieel onderwerp vanwege de verschillende visies van de lidstaten. De Europese wetgever kon evenwel niet om het onderwerp heen. Dat heeft met de aard van het medezeggenschapsrecht van doen. De vennootschappelijke medezeggenschap knoopt aan bij de juridische structuur van de vennootschap. Dit biedt vennootschappen de mogelijkheid nationale medezeggenschapsregels te ontwijken via de techniek van grensoverschrijdend fuseren. Kenmerkend aan een grensoverschrijdende fusie is immers dat één of meer nationale vennootschappen ophouden te bestaan en hun juridische structuur verliezen. De lidstaten hebben de oplossing uiteindelijk gevonden in art. 16 Tiende Richtlijn.

De Europese regels maken niet direct duidelijk hoe de rol van Nederlandse werknemers vorm en inhoud krijgt op het moment dat de vennootschap in wier onderneming zij werkzaam zijn, besluit grensoverschrijdend te fuseren. Dit geldt in het bijzonder voor de vennootschappelijke medezeggenschap. De lidstaten konden het niet eens worden over een materieel (standaard)niveau van vennootschappelijke medezeggenschap. Het compromis is gevonden in een coördinatiebepaling. Art. 16 Tiende Richtlijn coördineert de verschillende vennootschappelijke medezeggenschapsregels die er op nationaal niveau bestaan. De toepassing van art. 16 Tiende Richtlijn vereist kennis van verschillende nationale medezeggenschapsstelsels. Relevant is het recht van de lidstaten waar de aan de fusie deelnemende vennootschappen zijn gevestigd alsmede het recht van de lidstaat waar de uit de fusie

ontstane vennootschap zich gaat vestigen. De toepassing van art. 16 Tiende Richtlijn verschilt daarom per fusie. Het vraagstuk van de betrokkenheid lijkt duidelijker. Op dat terrein heeft wel harmonisatie van materiële regelgeving plaatsgevonden. Dat is evenwel gebeurd via minimumrichtlijnen. Deze aanpak staat toe dat de lokale wetgever een voor de werknemers gunstigere regeling opstelt. Voor de betrokkenheid laten de Europese regels de bevoegdheden van de Nederlandse werknemers dus voor een groot deel aan de lokale wetgever. De Europese regelgeving is bovendien niet specifiek toegesneden op een voorgenomen besluit tot grensoverschrijdend fuseren.

Het spanningsveld tussen de Europese regels enerzijds en de uitwerking van deze regels voor de Nederlandse werknemers anderzijds bracht mij in hoofdstuk 1 tot de volgende probleemstelling: *Welke knelpunten kent de regeling inzake de rol van Nederlandse werknemers(vertegenwoordigers) bij een grensoverschrijdende juridische fusie van kapitaalvennootschappen en in hoeverre zijn deze knelpunten oplosbaar gezien de uitgangspunten die op dit terrein aan de Tiende Richtlijn ten grondslag liggen?*

8.2 De Europese analyse

Het onderzoek ving aan met een analyse van het Europese recht. Om te kunnen beoordelen hoe eventuele knelpunten bij de toepassing van de rol van Nederlandse werknemers(vertegenwoordigers) bij grensoverschrijdende fusies konden worden opgelost, is onderzocht wat de Europese regels met betrekking tot de betrokkenheid en de medezeggenschap inhouden en welke uitgangspunten hieraan ten grondslag liggen.

Hoofdstuk 2 besprak de ontwikkelingen die aan de Tiende Richtlijn vooraf gingen op het terrein van fusies en de bijbehorende rol van werknemers. De uiteenzetting gaf inzicht in de wijze waarop de Europese wetgever aan de rol van werknemers op Europees niveau invulling heeft gegeven. De oorspronkelijke economische doelstelling van het EEG-Verdrag heeft niet verhinderd dat werknemers op Europees niveau een belangrijke positie hebben verworven. Het sociale aspect heeft door de jaren heen aan invloed gewonnen. Vanaf de jaren zeventig zijn belangwekkende richtlijnen en verordeningen in werking getreden die aan de rol van werknemers vorm en inhoud hebben gegeven. De totstandkoming verliep evenwel moeizaam doordat de lidstaten uiteenlopende visies hadden – en tot op zekere hoogte nog steeds hebben – op de rol die aan werknemers moest worden toegekend. Dit gold voor de betrokkenheid, maar voor de vennootschappelijke medezeggenschap in het bijzonder.

De Europese regelgeving maakt een onderscheid naar vennootschappen zonder en vennootschappen met een communautaire dimensie. Voor de regels die zich op nationale vennootschappen richten, maakte de Europese wetgever gebruik van minimumrichtlijnen. Hierdoor kwam binnen de Europese Unie een bepaald minimumniveau tot stand en konden de lidstaten desgewenst een hoger beschermings-

niveau in hun regelgeving behouden dan wel opnemen. Deze harmonisatietechniek ligt aan Richtlijn 2002/14/EG inzake informatie en raadpleging (Richtlijn 2002/14/EG) ten grondslag. Deze richtlijn bevat een regeling die werknemers van nationale ondernemingen dan wel vestigingen recht geeft op informatieverstrekking en raadpleging over sociaaleconomische onderwerpen met betrekking tot de onderneming dan wel vestiging waarin zij werkzaam zijn. Het vinden van een compromis bleek lastiger zodra de betrokkenheid zich richtte op de besluitvorming in een vennootschap of een concern met een communautaire dimensie. Voor Richtlijn 2009/38/EG inzake een Europese ondernemingsraad (EOR-Richtlijn) is de oplossing uiteindelijk gevonden in een onderhandelingsystematiek. Het hoofdbestuur en de werknemers (vertegenwoordigd in de BOG) zijn binnen bepaalde kaders vrij de informatieverstrekking en raadpleging toe te snijden op hun eigen situatie. Komen partijen niet tot afspraken, dan treden de wettelijke referentievoorschriften in werking zoals die zijn geïmplementeerd in de lidstaat waar het hoofdbestuur is gevestigd. De wettelijke referentievoorschriften dwingen de vennootschap dan wel het concern met een communautaire dimensie tot het oprichten van een Europese ondernemingsraad en kennen aan de Europese ondernemingsraad minimumbevoegdheden toe. De onderhandelingsystematiek bood eveneens uitkomst voor het langsepende vennootschappelijke medezeggenschapsdossier dat aan de totstandkoming van een Statuut inzake de SE in de weg stond. Het lukt de Commissie tot dusver niet eenzelfde systematiek op de Veertiende Richtlijn en de SPE-Verordening van toepassing te verklaren.

De moeizame onderhandelingen over de vennootschappelijke medezeggenschap belemmeren de grensoverschrijdende mobiliteit binnen de Europese Unie. Typerend is de moeizame totstandkoming van het Statuut inzake de SE, het intrekken van de Vijfde Richtlijn en het voorlopig parkeren van de Veertiende Richtlijn en de SPE-Verordening. Steeds weer vormt de vennootschappelijke medezeggenschap het voornaamste knelpunt. Het Hof van Justitie heeft met zijn rechtspraak op grond van de vestigingsvrijheid de mobiliteit van vennootschappen bevorderd. Bij gebrek aan geharmoniseerde regels blijft echter onduidelijk of en zo ja, hoe de bestaande vennootschappelijke medezeggenschapsrechten van werknemers worden beschermd.

Met de Tiende Richtlijn heeft de Europese wetgever harmonisatie tot stand gebracht op het terrein van grensoverschrijdend juridisch fuseren. Hoe de rol van werknemers inhoud krijgt bij een grensoverschrijdende fusie tussen kapitaalvennootschappen was onderwerp van hoofdstuk 3.

De Tiende Richtlijn kent voor de betrokkenheid geen uitgebreide regeling, maar verwijst vooral naar – de in hoofdstuk 2 besproken – Richtlijn 2002/14/EG en EOR-Richtlijn. Dat is anders voor de vennootschappelijke medezeggenschap. Naar deze vorm van medezeggenschap ging in het derde hoofdstuk de meeste aandacht uit. De lidstaten hebben geen overeenstemming weten te bereiken over een materieel standaardniveau van vennootschappelijke medezeggenschap. In plaats daarvan is

aansluiting gezocht bij de nationale tradities op het terrein van de medezeggenschap. Deze tradities zijn talrijk. Art. 16 Tiende Richtlijn tracht binnen deze tradities een middenweg te vinden. Het compromis gaat uit van een behoud van bestaande medezeggenschapsrechten zonder dat de ambitie bestaat lidstaten tegen hun wil aan een wettelijk dwingendrechtelijk medezeggenschapssysteem te onderwerpen. Het compromiskarakter uit zich ook in een ander aspect. De regeling behelst een belangenafweging tussen de economische en sociale aspecten van een grensoverschrijdende fusie. Door in hoofdzaak aan te sluiten bij het nationale medezeggenschapsrecht van het vestigingsland van de uit de fusie ontstane vennootschap heeft de Europese wetgever getracht grensoverschrijdend fuseren voor het bedrijfsleven zo eenvoudig mogelijk te maken. Slechts in drie uitzonderingssituaties treedt het alternatieve regime in werking dat uitgaat van onderhandelingen en als vangnet wettelijke referentievoorschriften kent. De toepassing van het alternatieve regime moet voorkomen dat de bestaande medezeggenschapsrechten van werknemers eenvoudig kunnen worden omzeild.

De Europese wetgever is slechts ten dele in zijn opzet geslaagd. Art. 16 Tiende Richtlijn kent met de leden 2 t/m 7 een moeilijk te doorgronden regeling die veel onduidelijkheden bevat met name door een inconsistent gebruik van begrippen en een (te) eenvoudige verwijzing naar de SE-Richtlijn. Hierdoor is op voorhand veelal lastig te voorspellen of één van de drie uitzonderingen in werking treedt en tot welk grensoverschrijdend medezeggenschapssysteem de wettelijke referentievoorschriften verplichten. Deze onduidelijkheden vergroten de populariteit van een grensoverschrijdende juridische fusie niet. Een en ander neemt niet weg dat het voor de integratie van de Europese markt goed is dat de lidstaten voor het complexe medezeggenschapsdossier bij grensoverschrijdende fusies een oplossing hebben gevonden. Meer dan dit zat er indertijd (kennelijk) niet in.

De hoofdstukken 2 en 3 boden inzicht in het evenwicht dat de Europese wetgever heeft willen bereiken tussen het vergemakkelijken van grensoverschrijdende fusies enerzijds en de bescherming van de rol van werknemers die bij de deelnemende vennootschappen werkzaam zijn anderzijds. Dit onderzoek leidde tot de uitgangspunten die aan de regelgeving inzake de vennootschappelijke medezeggenschap en de betrokkenheid ten grondslag liggen.

De uitgangspunten die aan de medezeggenschapsregeling ten grondslag liggen

Het recht op vennootschappelijke medezeggenschap betreft geen Europees grondrecht. Op dit terrein is evenmin materiële harmonisatie van wetgeving tot stand gebracht. Hoewel met de Vijfde Richtlijn is getracht binnen de Europese Unie een bepaald standaardniveau aan medezeggenschap te realiseren, strandde deze poging op een gebrek aan consensus binnen de Raad. Medezeggenschap wordt tot op heden dan ook nationaal geregeld, zodat op dit vlak grote verschillen tussen de lidstaten bestaan. Doordat deze vorm van medezeggenschap aanknoopt bij de juridische

structuur biedt de techniek van grensoverschrijdend fuseren vennootschappen de mogelijkheid nationale medezeggenschapsregels te omzeilen. Om verlies van medezeggenschap te voorkomen, heeft de Europese wetgever binnen de systematiek van de Tiende Richtlijn een oplossing gecreëerd die zich specifiek richt op de bescherming van bestaande medezeggenschapsrechten. Art. 16 Tiende Richtlijn is het resultaat. De bepaling coördineert de verschillende medezeggenschapsregels die er op nationaal niveau bestaan.

Art. 16 Tiende Richtlijn is geïnspireerd door en voor een groot deel gebaseerd op de SE-Richtlijn. Het doel van de regeling is het verhinderen van een uitholling van medezeggenschap. Dit uitgangspunt komt tot uitdrukking in het ‘voor en na-beginsel’. Het hoogste niveau van medezeggenschap zoals dat voorafgaand aan de fusie in de deelnemende vennootschappen bestond, is bepalend voor het medezeggenschapssysteem waaraan de uit de fusie ontstane vennootschap onderworpen raakt. Het aantal medezeggenschapsrechten voorafgaand aan de fusie wordt bepaald aan de hand van een kwantitatief criterium. De vorm van het medezeggenschapsrecht (benoeming, keuze, aanbeveling of bezwaar) doet in het kader van de hoogste aantal-doctrine niet terzake. Ook blijft buiten beschouwing of de invloed is gericht op de samenstelling van het leidinggevende, het toezichthoudende dan wel het bestuursorgaan. Er is gekozen voor een eendimensionale benadering. Het gaat om de kwantiteit en niet om de kwaliteit. De eendimensionale benadering is niet ingegeven door de wens het grensoverschrijdend fuseren te vergemakkelijken, maar is het gevolg van het compromis dat aan art. 16 Tiende Richtlijn ten grondslag ligt. De lidstaten konden het gewoonweg niet eens worden over een *ranking* van nationale medezeggenschapssystemen.

Bepaalde specifiek benoemde omstandigheden rechtvaardigen een inbreuk op het ‘voor en na-beginsel’. Dit geldt in de eerste plaats voor de contractsvrijheid. Het staat de deelnemende vennootschappen en de werknemers (vertegenwoordigd in de BOG) vrij het medezeggenschapssysteem na de fusie in te kleden op een wijze zoals zij dat wensen. Een tweede omstandigheid is het feit dat slechts een gering percentage werknemers ten opzichte van het totale werknemersbestand voorafgaand aan de fusie recht heeft op medezeggenschap en/of de wens heeft de medezeggenschap na de fusie te behouden. Beide omstandigheden zijn te herleiden tot de overkoepelende doelstelling van de Tiende Richtlijn ‘het vergemakkelijken van grensoverschrijdend fuseren’. Dit is verdedigbaar. Art. 16 Tiende Richtlijn kan niet worden los gezien van het verdragshoofdstuk waarop het is gebaseerd en – in het verlengde daarvan – de in de aanhef van art. 49 VWEU aan de Commissie en de Raad opgedragen taak via harmonisatie de vrijheid van vestiging te realiseren. Art. 16 Tiende Richtlijn betreft bovendien een nadere uitwerking van art. 54 lid 2 (g) VWEU. Deze laatste bepaling is erop gericht waarborgen te coördineren die de belangen van werknemers beschermen, maar slechts *voor zover dat nodig is*. De geciteerde zinsnede maakt duidelijk dat de oplossing voor de medezeggenschap proportioneel en noodzakelijk moet zijn in het licht van de vrijheid van vestiging. De regeling van art. 16 Tiende Richtlijn kenschetst de balans tussen de bescherming van medezeggenschap

enerzijds en de vrijheid van vestiging via grensoverschrijdend fuseren anderzijds. Met andere woorden: met art. 16 Tiende Richtlijn is voldaan aan de bescherming van de bestaande medezeggenschapsrechten van werknemers op een wijze die maakt dat het belang van de werknemers in een redelijke verhouding staat tot de inbreuk die de bescherming heeft op het vrije vestigingsrecht van de deelnemende vennootschappen.

De uitgangspunten die aan de regeling inzake de betrokkenheid ten grondslag liggen
De betrokkenheid van werknemers kent wel een grondrechtelijk uitgangspunt. Het recht op informatie en raadpleging is neergelegd in art. 27 van het EU-Handvest. Met het Verdrag van Lissabon is aan de rechten, vrijheden en beginselen van het EU-Handvest een verdragsrechtelijke status toegekend (art. 6 lid 1 VEU). De uitwerking van het grondrecht op informatie en raadpleging via richtlijnen kan als een nadere regulering van de vrijheid van vestiging worden gezien. Het minimum-niveau van de richtlijnen geeft invulling aan de sociale markteconomie die het VEU voorstaat (art. 3 lid 3 VEU).

Een algemeen uitgangspunt van de Tiende Richtlijn is dat de aan de grensoverschrijdende fusie deelnemende vennootschappen *voorafgaand* aan de fusie moeten voldoen aan de bepalingen en formaliteiten van de op hen toepasselijke nationale wetgeving. Dit volgt uit art. 4 lid 1 (b) Tiende Richtlijn. Art. 4 lid 2 Tiende Richtlijn maakt duidelijk dat deze bepaling in het bijzonder de rechten van werknemers omvat die betrekking hebben op het besluitvormingsproces in verband met de fusie anders dan die inzake de vennootschappelijk medezeggenschap. Gedoeld is op de betrokkenheid van werknemers. In dat licht verwijst overweging 14 preambule Tiende Richtlijn naar de eerdere Europese regelgeving die op dit terrein tot stand is gebracht en in het nationale recht van de lidstaten is geïmplementeerd. Dit zijn Richtlijn 2002/14/EG en de EOR-Richtlijn. De Europese wetgever heeft het niet nodig geacht een speciale regeling op te nemen voor de situatie dat het besluit een grensoverschrijdende fusie betreft. Deze benadering valt te herleiden tot de hoofddoelstelling van de Tiende Richtlijn '*het vergemakkelijken van grensoverschrijdende fusies*'. Overweging 3 preambule Tiende Richtlijn bepaalt dat zo goed als mogelijk wordt aangesloten bij het nationale recht om grensoverschrijdende fusies te vergemakkelijken. De hoofddoelstelling van de Tiende Richtlijn is daarom te beschouwen als een voornaam uitgangspunt van de regeling inzake de betrokkenheid van werknemers bij grensoverschrijdende fusies.

De aansluiting bij de eerder tot stand gebrachte Europese regelgeving heeft tot gevolg dat de betrokkenheid van werknemers zich manifesteert binnen een eigen systematiek die los staat van de grensoverschrijdende fusie als zodanig. De Europese regels hebben tot doel de werknemers een zekere mate van informatie en raadpleging te verschaffen bij bepaalde besluiten die betrekking hebben op de nationale onderneming en op de communautaire onderneming dan wel het communautaire concern. De Tiende Richtlijn sluit hierbij aan. Kenmerkend voor zowel Richtlijn 2002/14/EG als de EOR-Richtlijn is dat beide richtlijnen de lidstaten –

indien gewenst – toestaan aan de werknemersvertegenwoordigers een hoger niveau van betrokkenheid toe te kennen. De beleidsvrijheid vindt haar begrenzing in de voornoemde hoofddoelstelling van de Tiende Richtlijn. Verdergaande nationale regels die een beperking vormen op de vrijheid van vestiging bij grensoverschrijdende fusies zijn slechts toegestaan indien de beperkende regel kan worden gerechtvaardigd met een beroep op de in de rechtspraak geformuleerde *rule of reason*. Voor een succesvol beroep op de *rule of reason* is vereist dat de nationale maatregel een legitiem doel nastreeft en zijn rechtvaardiging vindt in dwingende redenen van algemeen belang. De beperking moet voorts geschikt zijn het beoogde doel te bereiken en mag niet verder gaan dan met het oog daarop noodzakelijk is. De rechtszekerheid neemt een voorname plaats in bij de bepaling van de proportionaliteit en noodzakelijkheid. De regelgeving mag in de praktijk zo min mogelijk tot gevolg hebben dat het vennootschappen ervan weerhoudt een grensoverschrijdende fusie aan te gaan. In dat licht is snelheid eveneens geboden. Hoe langer het duurt de fusie te realiseren, des te minder aantrekkelijk deze techniek is voor vennootschappen voor het tot stand brengen van de beoogde samenwerking. De snelheid mag op haar beurt weer niet ten koste gaan van de zorgvuldigheid van de procedure.

8.3 De Nederlandse context

Vervolgens was het de vraag hoe de Europese regelgeving nu concreet uitwerkt voor de Nederlandse werknemer wiens werkgever besluit tot grensoverschrijdend fuseren. Deel twee van het onderzoek heeft de vennootschappelijke medezeggenschap als onderwerp. Hoewel het onderzoek zich richt op de Nederlandse werknemer is kennis van het buitenlandse recht onontbeerlijk om te kunnen bepalen welke medezeggenschapsrechten aan de Nederlandse werknemers toekomen. Dat heeft te maken met de systematiek van art. 16 Tiende Richtlijn. Ten eerste is de inhoud en de omvang van de vennootschappelijke medezeggenschap bij een grensoverschrijdende fusie (dat wil zeggen bij de invulling van de criteria van art. 16 Tiende Richtlijn) afhankelijk van de nationale rechtsstelsels van de deelnemende en de uit de fusie ontstane vennootschap(pen). Ten tweede wordt art. 16 Tiende Richtlijn grotendeels toegepast aan de hand van het recht van de lidstaat waar de uit de fusie ontstane vennootschap haar statutaire zetel vestigt, het zogenoemde vestigingsland. Dit kan, maar hoeft niet Nederland te zijn. De wijze waarop art. 16 Tiende Richtlijn wordt toegepast, kan dus plaatsvinden op basis van het buitenlandse (implementatie) recht.

In hoofdstuk 4 stond het nationale medezeggenschapsrecht van drie lidstaten centraal: Nederland, Duitsland en België. De uiteenzetting maakte duidelijk dat de Nederlandse, Duitse en Belgische regels op een eigen – van elkaar verschillende – wijze invulling geven aan het concept medezeggenschap. Tussen de Nederlandse en Duitse wetgeving bestaan bepaalde raakvlakken. Binnen het Belgische recht is de invloed van werknemers op de benoeming van het toezichthoudende element

binnen de vennootschap geheel anders vormgegeven. Het recht op bezwaar met betrekking tot een voorgenomen benoeming van de commissaris (feitelijk een accountant) komt niet voort uit de gedachte dat de werknemers betrokken moeten worden bij de samenstelling van de organen op vennootschapsniveau, maar valt te herleiden tot de relatie van de commissaris met de ondernemingsraad. Hoewel de Belgische wetgever bij de benoeming van de onafhankelijk bestuurder de intentie had de werknemers te betrekken bij de samenstelling van de raad van bestuur in een beursgenoteerde NV, werd een kennisgeving van de naam van de kandidaat daartoe voldoende geacht.

In Nederland en Duitsland bestaat van oudsher meer aandacht voor de invloed van werknemers op de samenstelling van de organen van de vennootschap. In dat opzicht is niet verwonderlijk dat in deze landen de medezeggenschap een meer prominente plaats inneemt binnen het vennootschapsrecht. Dat neemt niet weg dat tussen de Nederlandse en Duitse benadering meer verschillen dan overeenkomsten bestaan. Zo zijn de taken en bevoegdheden van de leden op wier benoeming de medezeggenschap betrekking heeft, op verschillende wijzen vormgegeven. Daarnaast heeft de medezeggenschap in beide lidstaten van origine betrekking op het toezichthoudende orgaan in een dualistische bestuursstructuur, maar kan in Nederland de medezeggenschap sinds 1 januari 2013 eveneens van toepassing zijn in een monistische bestuursstructuur. Verder valt op dat de medezeggenschap in Duitsland als een apart rechtsgebied wordt behandeld dat een eigen positie inneemt binnen het vennootschapsrecht. De medezeggenschap wordt beheerst door afzonderlijke begrippen en regels en kent een eigen systematiek. In Nederland is de medezeggenschap integraal onderdeel van het vennootschapsrecht en is neergelegd in boek 2 BW.

De wijze waarop Nederland, Duitsland en België art. 16 Tiende Richtlijn hebben geïmplementeerd, was onderwerp van hoofdstuk 5. De lidstaten hebben geworsteld met de implementatie van de complexe materie. Sommige bepalingen zijn vanuit de betreffende taalversie van de Tiende Richtlijn in het nationale recht overgenomen zonder aandacht te besteden aan de concrete invulling van de regels binnen de bestaande systematiek. Bij de bepalingen die wel zijn uitgewerkt, valt op dat de implementatie zich laat schetsen als één waarbij de lidstaten de nationale bril hebben opgehouden. De implementatie is veelal geschied vanuit de eigen tradities en ideeën waarbij weinig oog bestond voor de buitenlandse systematiek. Hoewel de techniek van een richtlijn daartoe in de regel mogelijkheden biedt, ligt dat bij de implementatie van de Tiende Richtlijn minder voor de hand. De Tiende Richtlijn heeft betrekking op een fusie waarbij vennootschappen en werknemers uit verschillende lidstaten zijn betrokken. In het verlengde daarvan bevat art. 16 Tiende Richtlijn meerdere transnationale bepalingen die behalve de rechtspositie van nationale vennootschappen en hun werknemers ook die van vennootschappen en hun werknemers uit andere lidstaten reguleren. Daar komt bij dat voor de toepassing van transnationale bepalingen vennootschappen, werknemers en medezeggenschapssystemen uit verschillende lidstaten relevant zijn. Een (te) nationale benadering kent het gevaar dat specifieke

‘exotische’ elementen uit een buitenlands rechtsstelsel ten onrechte buiten beschouwing worden gelaten.

Dit laatste gevaar manifesteert zich vooral bij de invulling en interpretatie van het Europese medezeggenschapsbegrip. Het begrip behelst de kern van het ‘voor en na-beginsel’ en vormt – zoals bleek in hoofdstuk 3 – de rode draad in de toepassing van art. 16 Tiende Richtlijn. De wijze waarop de lidstaten art. 16 Tiende Richtlijn hebben geïmplementeerd, toont aan dat verschillend wordt gedacht over de vraag of de invloed op vennootschapsniveau moet resulteren in een ‘echte’ werknemersvertegenwoordiger, de vraag in hoeverre de uitkomst van het medezeggenschapsrecht juridisch afdwingbaar moet zijn en de vraag welk belang toekomt aan concernmedezeggenschap. Een verschillende kijk op het medezeggenschapsbegrip vergroot de kans dat medezeggenschapsvormen uit de ene lidstaat in de andere lidstaat niet worden erkend en de voorafgaand aan de fusie bestaande medezeggenschap niet de bescherming geniet die art. 16 Tiende Richtlijn voorstaat. Een complicerende factor is dat bij een *outbound* fusie de buitenlandse instantie controleert of de medezeggenschapsregeling correct is toegepast en deze instantie over het algemeen niet bekend is met de medezeggenschapssystematiek uit andere lidstaten.

In hoofdstuk 6 kwamen de hoofdstukken 4 en 5 samen en werd de focus verlegd naar de mogelijke consequenties die een grensoverschrijdende fusie kan hebben voor de medezeggenschapsrechten van Nederlandse werknemers. Centraal stond de vraag of art. 16 Tiende Richtlijn beschermt wat vanuit Nederlands perspectief moet worden beschermd. Ten behoeve van een overzichtelijke behandeling werd de vraag vanuit twee invalshoeken beantwoord. Eerst bij de toepassing van de criteria van art. 16 Tiende Richtlijn (de situatie voorafgaand aan de fusie) en daarna bij de uitwerking van het resultaat waartoe art. 16 Tiende Richtlijn leidt (de situatie na voltooiing van de fusie).

Bij de toepassing van de criteria van art. 16 Tiende Richtlijn voorafgaand aan de fusie is de positie van de Nederlandse medezeggenschapsrechten niet steeds eenvoudig vast te stellen. Dat heeft als reden dat art. 16 Tiende Richtlijn – alsmede het implementatierecht van Nederland, Duitsland en België – op verschillende punten niet eenduidig en precies is geformuleerd. Een andere reden is gelegen in de systematiek van art. 16 Tiende Richtlijn. De systematiek gaat uit van een proportioneel aantal medezeggenschapsrechten en de vorm daarvan. Het is gebleken dat de Nederlandse medezeggenschapsrechten niet altijd tot een proportioneel aantal en/of één bepaalde vorm zijn te herleiden. Problemen doen zich voor indien de ondernemingsraad bij de benoeming van een toezichthouder zowel een spreekrecht als een (versterkt) aanbevelingsrecht heeft of indien de medezeggenschap zich op de samenstelling van meer organen van de vennootschap richt. Ook met concernmedezeggenschap houdt de Tiende Richtlijn geen rekening.

Met een beroep op het ‘voor en na-beginsel’ heb ik voor de knelpunten getracht oplossingen te bieden. Via deze weg krijgen de meeste aspecten van het Nederlandse medezeggenschapsrecht alsnog een plek binnen de systematiek van art. 16

Tiende Richtlijn. De bescherming van de voorafgaand aan de fusie bestaande medezeggenschap ‘wint’ het hier van een strikt tekstuele uitleg van art. 16 Tiende Richtlijn. Dat is geoorloofd. De eendimensionale benadering die art. 16 Tiende Richtlijn voorstaat (aantal en vorm), heeft weinig van doen met de vrijheid van vestiging, maar des te meer met het willen vinden van een compromis. Het feit dat het materiële medezeggenschapsrecht tot op heden nationaal wordt geregeld en art. 16 Tiende Richtlijn slechts een coördinerende functie vervult, maakt dat de criteria van art. 16 Tiende Richtlijn niet te strikt moeten worden uitgelegd. De oplossingen komen bovendien tegemoet aan de overkoepelende doelstelling van de Tiende Richtlijn. De bereidwilligheid grensoverschrijdende fusies aan te gaan, neemt toe naarmate de bekendheid met het recht dat op de transactie van toepassing is bij de verscheidende partijen kenbaar is.

Knelpunten doen zich ook voor na voltooiing van de fusie. Mijn bevindingen maken duidelijk dat het onder omstandigheden lastig is aan het resultaat van art. 16 Tiende Richtlijn uitwerking te geven binnen de kaders van het op de uit de fusie onstane vennootschap toepasselijke vennootschapsrecht. Aan deze knelpunten ligt ten grondslag dat art. 16 Tiende Richtlijn geen acht slaat op de vennootschappelijke omgeving waarbinnen de medezeggenschap zich in nationaal verband manifesteert. Dit is met name problematisch indien de wettelijke referentievoorschriften de uitkomst bepalen. Deze uitkomst houdt op generlei wijze rekening met het vennootschapsrecht waarbinnen het na de fusie toepassing krijgt. Dit maakt het lastig – en onder omstandigheden zelfs onmogelijk – dat een grensoverschrijdend medezeggenschapssysteem na de fusie een positie krijgt die recht doet aan de beschermingsgedachte van art. 16 Tiende Richtlijn. De beschermingsgedachte strekt niet zo ver dat het vennootschapsrecht waarin de medezeggenschap voorafgaand aan de fusie toepassing had onderdeel wordt van de systematiek van art. 16 Tiende Richtlijn.

Het derde deel van het onderzoek had de betrokkenheid als onderwerp. De betrokkenheid van de Nederlandse werknemer kenmerkt zich door een nationale benadering. De betrokkenheid bij een grensoverschrijdende fusie krijgt gestalte via de invloed van de (centrale) ondernemingsraad dan wel Europese ondernemingsraad op een (voor)genomen besluit tot grensoverschrijdend fuseren. De bevoegdheden van beide organen beperken zich tot informatie- en raadplegingsrechten en in het verlengde daarvan het uitbrengen van een advies. In de Nederlandse noch de communautaire rechtsorde tasten de procedures inzake de betrokkenheid de (economische) beslissingsmacht van de ondernemer fundamenteel aan. De procedures modelleren hooguit de soevereine beleidsvrijheid van de ondernemer door zijn macht procedureel te beperken. Het is mede hierom dat de betrokkenheid van de Nederlandse werknemers niet in strijd komt met de vestigingsvrijheid waarop de Tiende Richtlijn is gestoeld.

Het ontbreken van beslissingsmacht neemt niet weg dat de bevoegdheden de werknemersvertegenwoordigers een potentiële kans bieden het voorgenomen fusiebesluit te beïnvloeden. De (centrale) ondernemingsraad ontleent zijn bevoegdheden aan

de WOR. Een besluit tot grensoverschrijdend fuseren raakt aan het spanningsveld tussen de vennootschap en de onderneming. De jurisprudentie van de OK leert dat het onderscheid tussen de ondernemer en de onderneming voor de toepassing van art. 25 WOR als kunstmatig moet worden beschouwd. De (centrale) ondernemingsraad heeft in beginsel op grond van art. 25 WOR een adviesrecht nu de fusie een overdracht dan wel overname van de zeggenschap over de onderneming tot stand brengt. Dit is slechts anders indien de Nederlandse vennootschap als verkrijgende vennootschap optreedt en de buitenlanduitzondering opgaat. In een dergelijke situatie is aan een adviesrecht ook minder behoefte. Voorts voorkomen de technieken toerekening en medeondernemerschap dat de rechtens gerechtvaardigde stem van werknemers in de juridisch complexe (buitenlandse) concernverhoudingen verloren gaat. Men zou geneigd zijn te denken dat een grensoverschrijdende fusie specifieke problemen oproept in het kader van de WOR. Dat valt mee. De knelpunten verschillen niet wezenlijk van die bij een interne fusie. Voor de oplossingen kan daarom vrij eenvoudig bij bestaande rechtspraak aansluiting worden gezocht. Deze benadering komt tegemoet aan het uitgangspunt van de Tiende Richtlijn dat toepassing van het nationale recht vooropstelt om grensoverschrijdend fuseren te vergemakkelijken.

De WOR beperkt zich tot de Nederlandse rechtssfeer. Voor zover de aan de fusie deelnemende vennootschap deel uitmaakt van een transnationale ondernemingsstructuur is het wenselijk dat alle werknemers(vertegenwoordigers) op een gelijkwaardige wijze worden geïnformeerd en geraadpleegd over het besluit tot grensoverschrijdend fuseren. Deze rol vervult de Europese ondernemingsraad. De aanvullende waarde van de Europese ondernemingsraad voor de Nederlandse werknemers zie ik met name in de situatie dat de fuserende vennootschap onderdeel is van een concern en de fusie deel uitmaakt van een meeromvattend transnationaal herstructureringsbesluit. Hoewel de rechtspraak van de OK duidelijk maakt dat de deelnemende Nederlandse dochtervennootschap bij de eigen besluitvorming zelfstandig de betrokken belangen op een redelijke wijze dient af te wegen, zal de concernstrategie doorgaans een belangrijke factor zijn. De Europese ondernemingsraad heeft de mogelijkheid op Europees concernniveau invloed op de besluitvorming uit te oefenen. Er bestaat weinig gevaar dat de Europese ondernemingsraad een nadelige invloed heeft op de bevoegdheden van de Nederlandse (centrale) ondernemingsraad. Een positief advies van de Europese ondernemingsraad bevrijdt het bestuur van de Nederlandse dochter geenszins van zijn verplichting uiteen te zetten om welke redenen hij tot een fusievoorstel besluit.

Het blijkt juist dat de bevoegdheden inzake de betrokkenheid van de (centrale) ondernemingsraad niet vervallen als een gevolg van de grensoverschrijdende fusie. Treedt de Nederlandse vennootschap op als verkrijgende partij, dan vindt er geen wijziging plaats in het werkgeverschap en blijft de WOR om die reden van toepassing. Art. 6 Richtlijn 2001/23/EG bewerkstelligt hetzelfde resultaat indien de Nederlandse vennootschap de verdwijnende partij betreft. Nu de grensoverschrijdende fusie als zodanig niet leidt tot een verplaatsing van de onderneming, wordt dit resultaat ook reeds bereikt via de WOR. Een uitzondering doet zich voor

bij een besluit tot verplaatsing van de ondernemingsactiviteit dat nauw samenhangt met het besluit tot grensoverschrijdend fuseren. Dan regelt het buitenlandse implementatierecht op welke wijze de Nederlandse werknemers vertegenwoordigd blijven. Anders dan Nederland kennen Duitsland en België op dit punt een regeling. Hoewel de regeling is geschreven voor een interne overgang van onderneming, geldt de regeling via een richtlijnconforme interpretatie ook voor de grensoverschrijdende variant.

Art. 6 Richtlijn 2001/23/EG beschermt eveneens de bevoegdheden van de Nederlandse werknemers in het kader van de Europese ondernemingsraad. Dat de vervreemder en het hoofdbestuur niet per definitie overeenstemmen, doet daar niet aan af. Het recht op voorzetting van de betrokkenheid lijkt niet te zijn beperkt tot de directe relatie tussen werknemer en werkgever. De Europese wetgever doet er verstandig aan de regeling over een aanpassing van de (overgegangene) Europese ondernemingsraad binnen concernverband nog eens tegen het licht te houden.

8.4 Eindconclusie

De Europese wetgever heeft werknemers een rol toegekend indien de vennootschap in wier onderneming zij werkzaam zijn grensoverschrijdend wenst te fuseren. In de situatie dat een Nederlandse vennootschap bij de fusie als deelnemende vennootschap optreedt, blijken de Europese regels evenwel niet steeds goed toepasbaar. Op het terrein van de betrokkenheid zijn de meeste knelpunten goed binnen de huidige systematiek op te lossen. Dat heeft te maken met de wijze waarop de Europese wetgever aan de betrokkenheid bij een voorgenomen besluit tot grensoverschrijdend fuseren invulling heeft gegeven. Door aan te sluiten bij een systematiek die losstaat van de grensoverschrijdende fusie als zodanig, kan voor de knelpunten eenvoudig worden aangehaakt bij de bestaande oplossingen met betrekking tot nationale fusies. De betrokkenheid komt tot zijn recht op een wijze zoals de Europese wetgever dat voor ogen had. De betrokkenheid geeft aan werknemers invloed op de besluitvorming zonder dat het besluitvormingsproces nodeloos vertraging oploopt.

Bij de vennootschappelijke medezeggenschap doemt een ander beeld op. Het onderzoek toont aan dat zich knelpunten voordoen bij de toepassing van de criteria van art. 16 Tiende Richtlijn en bij de uitwerking van het resultaat waartoe art. 16 Tiende Richtlijn leidt. De knelpunten zijn – kort gezegd – te herleiden tot een viertal aspecten: (i) de tekst van art. 16 Tiende Richtlijn is op veel punten onduidelijk, (ii) de eendimensionale benadering van het concept medezeggenschap als een aantal en een vorm maakt de criteria van art. 16 Tiende Richtlijn lastig toepasbaar op de eigenaardigheden van het nationale medezeggenschapsrecht, (iii) art. 16 Tiende Richtlijn benadert de medezeggenschap los van het vennootschapsrecht en (iv) de implementatie – het onderzoek richtte zich op Nederland, Duitsland en België – is gebeurd vanuit een nationale kijk op medezeggenschapsterrein.

De kans dat art. 16 Tiende Richtlijn binnen afzienbare tijd wordt aangepast, is gering. De prioriteit kan op dit moment het beste uitgaan naar een behoorlijke uitvoering van de meer of minder gebrekkige mogelijkheden die art. 16 Tiende Richtlijn biedt. Het is om die reden dat ik in mijn onderzoek de oplossingen voor de geconstateerde knelpunten heb gezocht binnen de bestaande systematiek. Dit is doorgaans goed mogelijk bij de toepassing van art. 16 Tiende Richtlijn voorafgaand aan de fusie. Men moet de criteria van art. 16 Tiende Richtlijn niet te strikt uitleggen. De beschermingsgedachte biedt aan de criteria de flexibiliteit om de typische aspecten van het Nederlandse vennootschappelijke medezeggenschapsrecht binnen de bestaande systematiek een plek te geven. De vrijheid van vestiging staat hier niet aan in de weg. Deze oplossing biedt niet voor ieder knelpunt een oplossing. Over de vraag of het spreekrecht in NV's medezeggenschap is, kan discussie ontstaan. Dit heeft te maken met de onjuiste wijze waarop de Nederlandse wetgever de tweede uitzondering van art. 16 Tiende Richtlijn heeft geïmplementeerd. De Nederlandse wetgever dient deze uitzondering conform het Europese recht aan te passen, zodat ook het spreekrecht bij de toepassing kan worden betrokken. De wetgever doet er verstandig aan expliciet vast te leggen dat het spreekrecht onder het Europese medezeggenschapsbegrip valt. Dit geeft de besturen van Nederlandse vennootschappen houvast over de wijze waarop met de complexe materie moet worden omgegaan. Het verkleint bovendien het risico dat de (buitenlandse) controle-instanties het Nederlandse spreekrecht ten onrechte buiten beschouwing laten bij hun toetsing of de deelnemende vennootschappen art. 16 Tiende Richtlijn op een correcte wijze hebben toegepast.

Het onderzoek naar de wijze waarop een grensoverschrijdend medezeggenschapssysteem werking krijgt in de uit de fusie ontstane vennootschap geeft een minder rooskleurig beeld. Met name als de wettelijke referentievoorschriften de uitkomst bepalen, blijkt het niet steeds mogelijk aan het grensoverschrijdende medezeggenschapssysteem een positie te geven die recht doet aan de beschermingsgedachte waarop art. 16 Tiende Richtlijn is gestoeld. De deelnemende vennootschappen hebben de mogelijkheid de taken en de bevoegdheden van de leden op wier benoeming de medezeggenschap betrekking heeft, te reduceren. De beschermingsgedachte strekt niet zo ver dat de het vennootschapsrecht waarin de medezeggenschap voorafgaand aan de fusie toepassing had onderdeel wordt van de systematiek van art. 16 Tiende Richtlijn. Een grensoverschrijdend medezeggenschapssysteem leidt bovendien tot een 'verwatering' van de medezeggenschapsrechten van de Nederlandse werknemers. De Nederlandse werknemers moeten de medezeggenschapsrechten na de fusie delen met buitenlandse werknemers die op hun eigen wijze aan de aan hen toegekende medezeggenschapsrechten invulling kunnen geven. Voor deze knelpunten is binnen de huidige systematiek geen oplossing te vinden.

8.5 Vooruitblik

Laat ik vooropstellen dat art. 16 Tiende Richtlijn de positie van vennootschappelijke medezeggenschap binnen Europa slechts ondersteunt. De bepaling geeft bekendheid aan de vennootschappelijke medezeggenschap met name in lidstaten die hier weinig tot niet bekend mee zijn. Men mag tevreden zijn dat de lidstaten tot een compromis zijn gekomen in dit politiek zeer gevoelige dossier. Het is misschien geen mooie regeling, maar het is een begin. Dit neemt niet weg dat het geen kwaad kan na te denken over wenselijke aanpassingen van de Europese oplossing voor de vennootschappelijke medezeggenschap bij grensoverschrijdende fusies in het licht van de uitgangspunten die daaraan ten grondslag liggen. Mijn denken gaat uit naar oplossingen langs de lijnen die op Europees niveau voor de betrokkenheid zijn aangereikt.

De belangrijkste knelpunten van de medezeggenschapsregeling zijn te herleiden tot de onduidelijke en complexe systematiek van art. 16 Tiende Richtlijn waarin weinig oog is voor de wijze waarop de medezeggenschap zich in nationaal verband manifesteert. Het risico bestaat dat nationale medezeggenschapsrechten niet worden erkend. Vanwege de eigenaardigheden van ons medezeggenschapsrecht is dat voor de Nederlandse werknemer een niet te onderschatten risico. Dit risico is (nog) groter indien de uit de fusie ontstane vennootschap zich in het buitenland vestigt. Dan ligt de controle op de inhoudelijke toepassing van art. 16 Tiende Richtlijn en het daaruit voortkomende medezeggenschapsresultaat bij de buitenlandse controle-instantie die doorgaans weinig kennis heeft van het Nederlandse medezeggenschapsrecht. Vanuit die optiek is het een gemis dat de Nederlandse (centrale) ondernemingsraad niet wordt betrokken bij de wijze waarop de besturen van de deelnemende vennootschappen toepassing geven aan de hoofdregel en uitzonderingen (treedt het alternatieve regime al dan niet in werking) en bij de uitwerking van de wettelijke referentievoorschriften in de statuten. Deze lacune is in strijd met de beschermingsgedachte waarop art. 16 Tiende Richtlijn is gestoeld. Daarmee valt niet te verenigen dat de Europese regeling een systeem creëert dat zich richt op een behoud van medezeggenschapsrechten, maar vervolgens de werknemers – de groep die de bescherming toekomt – niet betreft bij de wijze waarop de regeling invulling krijgt. Dit geldt te meer nu mijn onderzoek heeft aangetoond dat de wettekst op veel punten onduidelijk en voor meerdere uitleggen vatbaar is. Tijdens de onderhandelingen doet dit probleem zich uiteraard niet voor. De werknemers zijn dan via de BOG betrokken bij het opstellen van de overeenkomst.

Een oplossing voor de lacune zou zijn in de Tiende Richtlijn op te nemen dat de besturen van de deelnemende vennootschappen de wijze waarop zij aan de hoofdregel en uitzonderingen dan wel de wettelijke referentievoorschriften toepassing geven aan de nationale werknemers(vertegenwoordigers) ter informatie en raadpleging dienen voor te leggen. Het gaat om een nadere concretisering van de informatie- en raadplegingsbevoegdheden uit Richtlijn 2002/14/EG. Hoewel de

Nederlandse werknemers de informatie veelal ook zullen ontvangen via de adviesprocedure van art. 25 WOR is het adviesrecht niet specifiek toegesneden op de toepassing van art. 16 Tiende Richtlijn. Het past binnen het kader van het Europese recht dat de werknemers expliciet in de gelegenheid worden gesteld zich uit te laten over een belangrijke beslissing die mogelijk hun arbeidspositie binnen de vennootschap aantast. Het heeft geen zin de werknemers(vertegenwoordigers) een zelfstandig adviesrecht toe te kennen over de wijze waarop het bestuur art. 16 Tiende Richtlijn toepast. De Europese wetgever heeft de criteria van art. 16 Tiende Richtlijn dwingendrechtelijk voorgeschreven, zodat aan de besturen van de deelnemende vennootschappen geen ondernemingsvrijheid toekomt. Dat maakt een adviesrecht weinig zinvol. Wel zouden de werknemers(vertegenwoordigers) de mogelijkheid moeten krijgen te ageren tegen de wijze waarop de besturen aan art. 16 Tiende Richtlijn toepassing geven. Ik denk aan een bezwaarmogelijkheid bij de (buitenlandse) controle-instantie die is belast met de controle op de inhoudelijke uitwerking van de medezeggenschapsregeling (rechtmatigheidstoetsing). Deze aanvulling op de bevoegdheden uit Richtlijn 2002/14/EG acht ik gerechtvaardigd nu het gaat om de toepassing van wettelijk vastgelegde criteria en met name de buitenlandse controle-instantie vaak geen kennis zal hebben van het medezeggenschapsrecht uit een andere lidstaat. Teneinde strijd met het vestigingsrecht van art. 49 VWEU te voorkomen, dient een dergelijke bezwaarprocedure wel binnen afzienbare tijd uitsluitel te bieden.

Op de lange termijn doen zich wellicht mogelijkheden voor de juridische positie van de vennootschappelijke medezeggenschap op Europees niveau anders vorm te geven. De bevindingen van mijn onderzoek tonen aan hoe lastig het is nationale medezeggenschapssystemen te transporteren naar een ander rechtsstelsel op een wijze die recht doet aan de beschermingsgedachte van art. 16 Tiende Richtlijn. De medezeggenschap behelst meer dan een proportioneel aantal benoemings-, keuze-, aanbevelings- en/of bezwaarrechten. Zij houdt nauw verband met de bestuursstructuur waarin het functioneert, zodat bij de transformatie van een medezeggenschapssysteem van het ene naar het andere rechtsstelsel al gauw iets van de inhoud van het medezeggenschapsrecht verloren gaat. De huidige complexe regeling belemmert bovendien het aangaan van grensoverschrijdende fusies.

Het zou mijn voorkeur hebben de medezeggenschap – net als de betrokkenheid – te plaatsen binnen een afzonderlijke systematiek die losstaat van de grensoverschrijdende fusie als zodanig. De vraag rijst hoe een dergelijke regeling er uit moet komen te zien. Mijn gedachten gaan niet uit naar één uniforme regeling die op alle nationale vennootschappen met een bepaalde omvang van toepassing wordt. Dat acht ik haalbaar noch wenselijk gezien de uiteenlopende visies van de lidstaten op het terrein van het medezeggenschapsrecht. Ik denk meer aan een richtlijn die de vennootschappelijke medezeggenschap regelt voor de grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen in het algemeen. Deze regeling biedt ook direct uitkomst

voor het medezeggenschapsdossier dat aan de totstandkoming van de Veertiende Richtlijn in de weg staat.

De regeling dient de contouren te krijgen van een aantal standaard medezeggenschapssystemen die aan elkaar zijn gelijkgesteld. Deze opzet biedt lidstaten de mogelijkheid een systeem te kiezen dat het beste past binnen de kaders van hun nationale vennootschapsrecht. Aansluiting kan worden gezocht bij de systematiek van de Vijfde Richtlijn die van drie standaard modellen uitging. Het ging om: (i) een directe vertegenwoordiging van de werknemers tot een derde van de leden in het toezichthoudende orgaan dan wel het niet-uitvoerende bestuur, (ii) een bindend bezwaarrecht van de werknemers bij de benoeming van de leden van het toezichthoudende orgaan dan wel de niet-uitvoerende bestuurders en (iii) het instellen van een orgaan dat de werknemers op vennootschapsniveau vertegenwoordigt en over soortgelijke informatie- en raadplegingsrechten beschikt als de toezichthoudende component binnen de vennootschap. Het tweede model sluit aan bij de vroegere Nederlandse medezeggenschapssystematiek en zou vervangen kunnen worden door ons huidige systeem van een (versterkt) aanbevelingsrecht met betrekking tot de samenstelling van de raad van commissarissen dan wel het niet-uitvoerende bestuur en eventueel een spreekrecht.

Het door een lidstaat gekozen en geïmplementeerde medezeggenschapssysteem treedt in werking op het moment dat de medezeggenschap door de grensoverschrijdende mobiliteit van nationale vennootschappen wordt bedreigd. De mogelijkheid tot onderhandelingen kan blijven bestaan, met dien verstande dat de besturen van de deelnemende vennootschappen kunnen besluiten direct het standaard medezeggenschapssysteem toe te passen zoals dat geldt in de lidstaat waar de vennootschap zich wenst te vestigen. Het standaard medezeggenschapssysteem treedt dus in feite in plaats van de huidige wettelijke referentievoorschriften. Zodoende wordt op de uit de fusie ontstane vennootschap niet langer een 'vreemd' medezeggenschapsstelsel van toepassing, maar treedt een standaardsysteem in werking dat binnen het nationale vennootschapsrecht van het vestigingsland reeds een plek heeft verworven. Dit is een groot voordeel. De medezeggenschap hoeft zo niet langer een al te ingewikkelde exercitie te zijn. Een dergelijke regeling acht ik ook kansrijk. Met name nu de regeling zich beperkt tot situaties waarin de bestaande medezeggenschap van werknemers bij de grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen wordt bedreigd. De lidstaten zullen inzien dat de huidige regeling van art. 16 Tiende Richtlijn de grensoverschrijdende mobiliteit slechts belemmert. Mijn benadering komt in dat opzicht niet alleen tegemoet aan de bescherming van medezeggenschap, maar ook aan het vergemakkelijken van grensoverschrijdend fuseren als zodanig.

9 FINAL OBSERVATIONS

9.1 Formulation of the problem

The increasing cross-border mobility of limited liability companies affects the role which employees play within the company for which they work. Europe is well-aware of this, too. From the time legislators began to think about European regulations which would enable limited liability companies to merge across borders, the role to be accorded to employees became a high-priority issue. That employees would be given a role was obvious. The discussion focused on how this should substantively be fleshed out in the regulations.

In terms of workers involvement in the undertaking (information and consultation), a solution was quickly found. The directives promulgated earlier in this area could be followed. Agreeing on a compromise regarding employee participation at company level (employee board level representation) proved more difficult. This form of employee involvement is a controversial item in Europe, due to the Member States' different views on the subject. The European legislator, however, could not avoid the subject, given the nature of employee participation. Employee participation is linked to the company's legal structure. This allows companies to get around national participation rules through cross-border mergers. After all, with cross-border mergers, one or more domestic companies cease to exist and lose their legal structure. The Member States ultimately found the solution in Article 16 of the Tenth Directive.

European rules are unclear about how the role of Dutch employees gains shape and substance when the company in whose business they work decides to merge with a foreign company. This is especially true as regards employee participation at company level. The Member States could not agree on a substantive, standard level of employee participation. A compromise was reached through a coordinating provision. Article 16 Tenth Directive coordinates the divergent national rules on employee participation. Application of Article 16 Tenth Directives requires knowledge of the various national employee participation systems. The law of the Member States where the companies participating in the merger are located and the law of the Member State where the company resulting from the merger is located, are relevant. Hence, Article 16 Tenth Directive is applied differently to each merger. The question of workers involvement in the undertaking seems clearer. Substantive regulations have been harmonised in that area. This has occurred

through ‘minimum directives’, though. Under such an approach, the local legislature may formulate regulations which are more favourable to employees. As far as workers involvement in the undertaking goes, the European rules thus largely allow the local lawmaker to decide which rights Dutch workers have. The European regulations are also not specifically tailored to proposed cross-border mergers.

The tension between the European rules on the one hand and the specification of these rules for Dutch employees on the other hand led me to the following formulation of the problem in Chapter 1: *What obstacles do the regulations pose concerning the involvement of Dutch employees (and/or their representatives) in cross-border mergers of limited liability companies, and to what extent can these obstacles be overcome, in light of the principles underlying the Tenth Directive in this area?*

9.2 The European analysis

The research began with an analysis of European law. To ascertain how any obstacles regarding the application of the role of Dutch employees or their representatives might be resolved, I looked at the provisions of and principles underlying the European rules on workers involvement in the undertaking and on employee participation at company level.

Chapter 2 discussed the developments pertaining to mergers which preceded the Tenth Directive and the associated involvement of employees. This explanation furnished insight into how the European laws elaborated on the position of workers at the European level. The original, economic objective of the EEC Treaty did not preclude employees from acquiring an important position at the European level. The social aspect has grown over the years. Since the 1970s, many interesting directives and regulations have taken effect which have provided shape and substance to the employees’ role. Yet these laws were not accomplished easily, because the Member States had different views – and to a certain degree, still do – on the involvement which employees deserve. This was true for workers involvement in the undertaking and particularly for employee participation at company level.

European regulations distinguish between companies with and companies without a ‘Community’ dimension. Minimum directives were utilised by European lawmakers for rules directed at domestic companies. A certain minimum level on information and consultation was created within the European Union, and the Member States, if desired, could retain or set forth a higher level of protection in their regulations. This harmonisation tactic underlies Directive 2002/14/EC on information and consultation (‘Directive 2002/14/EC’). This directive includes provisions which entitle employees of national companies or establishments to obtain information and be consulted about socio-economic subjects concerning the undertaking or establishment where they work. Finding a compromise turned out to be trickier once the information and consultation rights had to do with decision-making in a Community-scale undertaking or a Community-scale group of undertakings. A system of negotiation ultimately

offered a solution in Directive 2009/38/EC on European Works Councils ('EWC Directive'). Within certain parameters, the central management and the employees (represented in the 'special negotiating body') are free to tailor the information and consultation to their own situation. If the parties are unable to make agreements, the statutory standard rules will take effect as implemented in the Member State where the central management is located. The statutory standard rules require a Community-scale undertaking or a Community-scale group of undertakings to set up a European works council and grant the European works council minimum rights on information and consultation. The negotiation system likewise furnished a way out of the interminable debate on employee participation at company level which had prevented the adoption of a Statute for a European Company ('SE'). Nonetheless, the Commission has not yet been able to declare a similar system applicable to the Fourteenth Directive or the European Private Company ('SPE') Regulation.

The laborious negotiations about employee participation at company level are impeding cross-border mobility within the European Union. The uphill battle to adopt the SE, the repeal of the Fifth Directive and the abandonment, for the time being, of the Fourteenth Directive and the SPE Regulation typify this. Time and time again, employee participation at company level constitutes the main problem. The European Court of Justice's case law has promoted corporate mobility based on the principle of freedom of establishment. In the absence of harmonised rules, however, it is unclear whether and, if so, how employees' existing participation rights will be protected.

In the Tenth Directive, the European legislator harmonised the rules on cross-border mergers. Chapter 3 examined the substantive role which employees are given when there is a cross-border merger between limited liability companies.

The Tenth Directive does not include any detailed provisions on workers involvement in the undertaking, primarily referring instead to Directive 2002/14/EC and the EWC Directive discussed in Chapter 2. The situation is different for employee participation at company level. Most of the attention in this chapter was devoted to this form of involvement. The Member States have not reached consensus on a substantive standard level of employee participation. Rather, the national traditions concerning employee participation have been looked to for guidance. There are innumerable such traditions. Article 16 Tenth Directive tried to strike a happy medium within the context of these traditions. The compromise was based on retention of the current employee participation rights, without the goal of subjecting Member States to a mandatory, statutory system against their will. That Article 16 Tenth Directive represents a compromise is apparent from another aspect as well. The regulations include a balancing of interests between the economic and social aspects of the cross-border merger. By mainly following the national employee participation law of the country where the company resulting from the merger is located, the European legislature attempted to make cross-border mergers as simple as possible for businesses. The alternative regime, which assumes

negotiations and statutory standard rules as a safety net, only comes into force in three exceptional situations. Application of the alternative regime should ensure that employees' existing participation rights cannot be circumvented easily.

The European legislator have only partially achieved this goal. Paragraphs (2) through (7) of Article 16 Tenth Directive contain rather unfathomable provisions which include many ambiguities, primarily because of the inconsistent use of terms and a reference to the SE Directive which is too facile. Consequently, it is usually difficult to predict beforehand whether one of the three exceptions will come into play and which cross-border employee participation system the statutory standard rules will require. These ambiguities have not boosted the popularity of cross-border mergers. Still, it is good for European market integration that the Member States discovered a solution for the complex employee participation issues arising with cross-border mergers. Apparently, this was the best the European legislature could do at the time.

Chapters 2 and 3 delved into the balance which the European legislator sought to achieve between facilitating cross-border mergers on the one hand and protecting the involvement of the employees of the participating companies on the other hand. This research pinpointed the basic principles underlying the regulations regarding employee participation and workers involvement in the undertaking.

The basic principles underlying the employee participation regulations

The right to employee participation is not a fundamental European right. Nor has the substantive law in this area been harmonised. Although the Fifth Directive was an attempt to realise a certain standard level of employee participation within the European Union, this attempt was unsuccessful, because of a lack of consensus within the Council. So far, employee participation has been regulated nationally, so that there are huge differences between the Member States in this respect. Because this form of involvement is linked to the legal structure of the company, the strategy of cross-border mergers permits companies to evade domestic employee participation rules. To prevent employee participation from being lost, the European legislator has created a solution within the system laid out in the Tenth Directive which is specifically geared to protecting existing employee participation rights. Article 16 is the result. This provision coordinates the aberrant employee participation rules in place at the national level.

Article 16 of the Tenth Directive was inspired by and largely based on the SE Directive. The regulations are designed to stop the erosion of employee participation rights. This basic idea is expressed in the 'before and after principle'. The highest level of employee participation which existed in the companies prior to the merger determines the employee participation system to which the company arising from the merger is subject. The system laid down by Article 16 Tenth Directive assumes that employee participation rights will be proportionate in number and of a certain form. The number of employee participation rights prior to the merger is determined

through a quantitative criterion. The form of employee participation (appointment, option, recommendation or objection) is irrelevant. In addition, whether the influence pertains to the composition of the management, supervisory or administrative body is not considered too. This is a one-dimensional approach to the notion of employee participation. The one-dimensional approach was not prompted by a desire to facilitate cross-border mergers, but was a result of the compromise on which Article 16 Tenth Directive was predicated. The Member States were simply unable to agree on a ranking of national employee participation systems.

Certain circumstances which are specifically mentioned justify violating the 'before and after principle'. Freedom of contract is one such circumstance. The participating companies and the employees (represented in the Special Negotiating Body) are entitled to frame the employee participation system after the merger as they see fit. A second circumstance is the fact that only a small percentage of employees out of the total number of workers may have been entitled to engage in employee participation prior to the merger and/or wish to retain that right after the merger. Both situations can be traced to the overarching goal sought to be achieved by the Tenth Directive: '*facilitating cross-border mergers*'. This is defensible. Article 16 of the Tenth Directive cannot be seen separately from the Treaty chapter on which it was based and, by extension, the task imposed on the Commission and the Council in the opening words of Article 49 of the Treaty on the Functioning of the European Union ('TFEU') to realise freedom of establishment through harmonisation. Moreover, Article 16 Tenth Directive develops Article 54(2)(g) TFEU further. The latter provision was intended to coordinate safeguards protecting the interests of employees, but only *insofar as necessary*. The phrase cited shows that the solution to employee participation must be proportional and necessary in light of the freedom of establishment. The scheme set forth in Article 16 Tenth Directive characterises the balance between protecting employee participation on the one hand and the freedom of establishment through cross-border mergers on the other hand. In other words, Article 16 effectuates the protection of employees' existing participation rights in a way which ensures that the employees' interest is reasonably proportional to the infringement of the companies' right of free establishment which ensues from the protective construction.

The basic principles underlying the workers involvement in the undertaking regulations

Workers involvement in the undertaking is, in contrast, based on a fundamental European right. The right to information and consultation is stated in Article 27 of the EU Charter. The Treaty of Lisbon gave the rights, freedoms and principles in the EU Charter the status of treaty provisions (Article 6(1) Treaty on European Union ('TEU')). The specification of the fundamental right to information and consultation through directives may be viewed as further regulation of the freedom of establishment. The minimum levels in the directives elaborate on the social market economy which the TEU supports (Article 3(3) TEU).

A general principle of the Tenth Directive is that the companies participating in the cross-border merger must, *prior to* the merger, comply with the provisions and formalities under the national laws applicable to them. This follows from Article 4(1)(b) Tenth Directive. Article 4(2) Tenth Directive makes plain that Article 4(1)(b) specifically encompasses the employee rights relating to the decision-making process in connection with the merger besides those concerning employee participation. In that light, Recital 14 in the Preamble to the Tenth Directive refers to previous European regulations which were formulated in this area – to wit, Directive 2002/14/EC and the EWC Directive – and which have been implemented into the Member States' national law. The European legislator did not deem it necessary to include special provisions for situations in which the decision-making process relates to a cross-border merger. Such an approach can be traced back to the primary objective of the Tenth Directive: '*facilitating cross-border mergers*'. Recital 3 in the Tenth Directive's Preamble provides that the national law will be followed as closely as possible in order to facilitate cross-border mergers. Thus, the primary objective of the Tenth Directive can be regarded as a main principle of the regulations on workers involvement in the undertaking.

Following European regulations adopted previously means that workers involvement in the undertaking manifests itself within its own system which is separate from the cross-border merger as such. The purpose of the European rules is to furnish the employees a certain degree of information and consultation with respect to certain decisions relating to the national undertaking and to the Community-scale undertaking or Community-scale group of undertakings. The Tenth Directive is consistent with this. A distinctive aspect of both Directive 2012/14/EC and the EWC Directive is that they allow the Member States to grant, if desired, the employee representatives a higher measure of workers involvement. This discretion is limited by the Tenth Directive's aforementioned primary objective. Further-reaching national rules which limit freedom of establishment with cross-border mergers are only permissible if the limiting rules can be justified by invoking the '*rule of reason*' formulated in the case law of the Court of Justice. For invocation of the rule of reason to be successful, the national measure must be aimed at a legitimate goal and must be justified on compelling, public-interest grounds. The limitation must also be appropriate to achieving the envisaged goal and may not go beyond what is necessary in this regard. Legal certainty is a major factor in determining proportionality and necessity. As much as possible, the regulations must not in practice impede companies from entering into cross-border mergers. Speed is likewise essential in that respect. The longer it takes to effectuate the merger, the less attractive this technique becomes to companies for bringing about the intended cooperation. In turn, speedy action must not occur at the expense of the carefulness of the procedure.

9.3 The Dutch context

The next issue was how the European regulations would specifically affect Dutch employees whose employer has decided on a cross-border merger. Part two of the research focused on employee participation at company level. Although the research concentrated on Dutch employees, knowledge of foreign law is indispensable for ascertaining the participation rights which Dutch employees have. This has to do with the system set out in Article 16 Tenth Directive. First, the scope and substance of employee participation in a cross-border merger (that is, the specification of the criteria in Article 16 Tenth Directive) depend on the national legal systems of the participating companies and the company resulting from the merger. Second, Article 16 Tenth Directive is for the most part applied based on the law of the Member State where the company resulting from the merger has its registered office, the ‘country of establishment’. This may, but does not have to be, the Netherlands. Consequently, Article 16 may be applied on the basis of foreign implementation law.

The national participation law of three Member States – the Netherlands, Germany and Belgium – occupied centre stage in Chapter 4. The explanation there demonstrated that the Dutch, German and Belgian laws have developed the concept of employee participation in their own, divergent ways. There are certain commonalities between the Dutch and German laws. Under Belgium law, the employees’ influence on the appointment of the supervisory element within the company has been designed entirely differently. The right to object to a proposed appointment of a supervisory director (the accountant) does not stem from the idea that employees should be involved in the legal structure of the company, but can be traced to the supervisory director’s relationship with the works council. In terms of the appointment of the independent managing director, the Belgian legislature sought to have employees be involved in putting together the management board in a listed public company. Although, giving them notice of the candidate’s name was considered sufficient.

Traditionally, greater attention has been given in the Netherlands and Germany to the participation of employees. In this respect, it is not surprising that participation occupies a more prominent position within these countries’ company law. Still, there are more differences than similarities between the Dutch and German approaches. For instance, the particulars of the employees’ influence, and the duties and rights of the members to whose appointment the rights relates, differ. What’s more, participation in the two Member States originally pertained to supervisory bodies in two-tier management structures, but can likewise apply to one-tier management structures in the Netherlands since 1 January 2013. Another striking difference is that participation is treated as a separate area of law in Germany, which has its own place within company law. Employee participation is governed by separate concepts and rules,

and has its own system. In the Netherlands, participation is an integral part of company law and is set forth in Book 2 of the Dutch Civil Code.

The manner in which the Netherlands, Germany and Belgium have implemented Article 16 Tenth Directive was analysed in Chapter 5. The Member States struggled in implementing this complex subject. Some provisions have been copied into the national law from the relevant language version of the Tenth Directive without paying attention to the particular details of the rules within the existing system. Strikingly, as regards the provisions which were fleshed out, the implementation can be characterised as one in which the Member States maintained their own national outlooks. Implementation has usually occurred based on the Member States' own traditions and ideas, with little thought being given to foreign systems. Although the technique of a directive typically affords opportunities to do this, this is less evident with the implementation of the Tenth Directive. The Tenth Directive concerns mergers in which companies and employees from different Member States are involved. By extension, Article 16 Tenth Directive includes several transnational provisions which regulate the legal position of not only domestic companies and their workers but also other Member States' companies and their workers. Moreover, companies, employees and participation systems from various Member States are involved when transnational provisions get applied. An approach which is too nationally-focused runs the risk that specific 'exotic' elements from foreign legal systems will wrongly be ignored.

Such a risk is especially apparent as regards the interpretation of the European concept of employee participation. At its core, the concept embraces the 'before and after principle' and, as shown in Chapter 3, constitutes the common thread in applying Article 16 Tenth Directive. The way in which the Member States have implemented Article 16 demonstrates that there are different ideas about whether (i) the employees' influence on the corporate bodies of the company ought to lead to a 'genuine' employee representative, (ii) the extent to which the result of the participation rights should be legally enforceable and (iii) which interest arises with employee participation within corporate groups. Different perspectives regarding the notion of the European concept of participation increase the chance that participation systems in the one Member State will not be recognised in the other Member State and that the participation rights existing before the merger will not receive the protection which Article 16 Tenth Directive advocates. A complicating factor is that, with an outbound merger, foreign authorities monitor whether Article 16 Tenth Directive have been applied properly and, generally speaking, these bodies are unfamiliar with other Member States' employee participation systems.

The issues examined in Chapters 4 and 5 converged in Chapter 6, and the focus shifted to the potential consequences which a cross-border merger can have for Dutch employees' participation rights. At the forefront was the question whether Article 16 Tenth Directive protects the employees rights which need to be protected from the Dutch point of view. To keep the discussion manageable, I answered this

question from two perspectives. First, with regard to the application of the criteria in Article 16 Tenth Directive (the situation prior to the merger), and then, as concerns the specifics of the result to which Article 16 leads (the situation after the merger is completed).

When the criteria of Article 16 Tenth Directive are applied, the position of the Dutch participation rights is not always easy to determine. The reason is that Article 16 Tenth Directive, as well as the implementation laws in the Netherlands, Germany and Belgium, has not been formulated unequivocally or precisely in various respects. Another reason has to do with the system laid out by Article 16. The system assumes that the participation rights will be proportionate in number and of a certain form. However, this distinction is not always easy to make with regard to the Dutch participation rights. Problems crop up if, with regard to the appointment of a supervisory director. In that case, the works council has both a right to speak and an (enhanced) right of recommendation. It is also thinkable that the participation rights are directed at the composition of additional corporate bodies. The Tenth Directive does not take into account employee participation in a corporate group, either.

Relying on the ‘before and after principle’, I have tried to devise solutions to the problems. In this manner, most aspects of Dutch participation law have been given a place within the system laid out by Article 16 Tenth Directive. Protection of the participation rights existing prior to the merger ‘trumps’ a strictly literal interpretation of Article 16 Tenth Directive, which is permissible. The one-dimensional approach which Article 16 endorses has little to do with the freedom of establishment, but rather, was more a consequence of the desire to achieve a compromise. The fact that substantive participation law has been regulated nationally so far and Article 16 Tenth Directive merely plays a coordinating role means that the criteria in Article 16 need not be interpreted strictly. In addition, the solutions fulfil the Tenth Directive’s overarching objective. The willingness to enter into cross-border mergers grows the more the various parties come to understand which law will apply to the transaction.

Problems arise, too, after the merger is completed. My findings show that, under certain circumstances, it is difficult to flesh out the result of Article 16 Tenth Directive within the frameworks of the company law applicable to the company resulting from the merger. These problems are based on the fact that Article 16 Tenth Directive does not take heed of the corporate environment within which the employee participation manifests itself nationally. This is particularly an issue if the statutory standard rules dictate the solution. This solution does not take into account at all the company-law context within which it will be applied after the merger. As a result, it is hard – and, in some cases, even impossible – for a transnational employee participation system to gain a position after the merger which does justice to the notion of protection found in Article 16 Tenth Directive. The notion of protection does not extend so far that the company-law environment within which

the participation applied prior to the merger will become part of the system set forth in Article 16 Tenth Directive.

Part three of the research examined the issue of the involvement of the Dutch workers in the undertaking. This form of involvement is characterised by a more national approach and takes shape through the influence of the (central) works council or the European works council on a cross-border merger decision which has been proposed. Both bodies' rights are limited to information and consultation rights and, by extension, the right to issue a recommendation. The entrepreneur's (commercial) decision-making power is not fundamentally effected under either the Dutch or Community legal system. At most, the procedures fashion the entrepreneur's dominant discretion by restricting its power procedurally. Partly because of this, the rights of the Dutch employee representatives does not conflict with the freedom of establishment on which the Tenth Directive is predicated.

The absence of decision-making power does not alter the fact that the rights offer the employee representatives a potential opportunity to have an effect on the proposed merger decision. The (central) works council derives its powers from the Dutch Works Council Act ('WCA'). A cross-border merger decision touches on the area of tension between the company and the undertaking. The case law by the Amsterdam Enterprise Chamber teaches that the distinction between the undertaking and the company should be regarded as artificial for purposes of Article 25 WCA. In principle, the works council has a right to issue a recommendation under Article 25 WCA, since the merger will effect a transfer or acquisition of the control over the undertaking. This will only be different if the Dutch company is the acquiring company and the foreign exception rule applies. In such situations, a right to issue a recommendation is not as necessary, either. The techniques of attribution (of the decision-making authority) and co-entrepreneurship ensure that the employees' rightful say under the law does not get lost in the legally complex (foreign) corporate group relationships. One might think that cross-border mergers raise specific problems under the WCA, but that turns out not to be so. The problems are not substantially different from those associated with domestic mergers. The existing case law can therefore rather easily be used to find solutions. This satisfies the Tenth Directive's basic principle of putting the application of national law first and foremost, so as to facilitate cross-border mergers.

The WCA does not apply beyond the Netherlands. Insofar as the company participating in the merger is part of a transnational business structure, all employee representatives ought to be informed and consulted in an equivalent manner about the cross-border merger decision. The European works council fulfils this role. To my mind, the added value of the European works council for Dutch workers is especially apparent in situations in which the merging company is part of a corporate group and the merger is one element of a more-encompassing transnational restructuring decision. While the Amsterdam Enterprise Chamber's case law makes clear that the participating Dutch subsidiary should independently weigh

the interests at stake in a reasonable manner in its own decision-making, the group strategy will generally be an important factor. The European works council is able to exert influence on the decision-making at the corporate group level. The risk is low that the European works council will undermine the rights of the Dutch works council. A positive recommendation by the European works council will not discharge the Dutch subsidiary's management at all from its obligation to explain why it is proposing a cross-border merger.

The rights of the Dutch works council will not be extinguished as a result of the cross-border merger. If the Dutch company is the acquiring party, there will be no change of employer, and the WCA will continue to apply for that reason. The result is the same under Article 6 of Directive 2001/23/EC if the Dutch company is the party which will cease to exist. Because the cross-border merger as such will not cause the undertaking to be moved, this result is already achieved, too, through the WCA. An exception arises if a decision is taken to move the business activity and this decision is closely related to the cross-border merger. Foreign implementation law will then regulate the manner in which the Dutch employees will continue to be represented. Unlike the Netherlands, Germany and Belgium have regulations relating to this issue. Although the regulations were written for domestic transfers of undertakings, under an interpretation consistent with the directive, they apply to cross-border transfers as well.

Similarly, Article 6 of Directive 2001/23/EC protects the rights of Dutch employees in connection with the European works council. That the transferor and central management are not necessarily the same does not change this. The right to continued participation does not seem to be limited to direct employee-employer relationships. European lawmakers would be wise to take another look at the regulations on adjustment of the transferred European works council within the corporate group context.

9.4 Final conclusion

Under European law, employees have been given a role if the company in whose undertaking they are working seeks to merge across borders. Though, the European rules are not always easy to apply. In terms of workers involvement in the undertaking, most of the obstacles can be overcome within the current system. This is a result of the way in which the European legislator have regulated this form of involvement where there is a cross-border merger proposal. The European legislator joined a system which exists independently of cross-mergers as such. This approach makes that obstacles can simply be solved by hooking onto the solutions already in place for domestic mergers. This form of workers involvement in the undertaking is given its due in the manner the European legislator envisaged. The rights enables the Dutch workers to affect the decision-making, without the decision-making process needlessly being delayed.

A different picture emerges for the employee participation rights at company level. My research demonstrates that problems come up in applying the criteria of Article 16 Tenth Directive and in working out the details of the result to which Article 16 points. Briefly stated, these problems can be traced to four factors: (i) the text of Article 16 is ambiguous in many respects; (ii) the approach to the idea of participation revolving around the number and form of the rights causes the application of Article 16's criteria to the idiosyncrasies of national participation law to be tricky; (iii) Article 16 deals with employee participation as a separate matter from company law and (iv) implementation (at least in the Netherlands, Germany and Belgium – the focus of this research) has occurred based on national perspectives on the way employee participation should be dealt with.

It is not likely that Article 16 Tenth Directive will be amended in the near future. At this point, priority might best be given to properly implementing the more or less faulty options which Article 16 offers. Accordingly, in my research, I have sought solutions to the problems observed within the existing system. This is quite possible when it comes to the application of Article 16 Tenth Directive prior to the merger. The criteria in Article 16 must not be applied too strictly. The notion of protection affords the criteria the flexibility to take into account the typical aspects of Dutch participation law within the current system. The principle of freedom of establishment does not preclude this. This solution does not provide an answer, however, to every conundrum. Whether the right to speak constitutes European participation is debatable. This has to do with the incorrect manner in which the Dutch legislator has implemented Article 16's second exception. Dutch law needs to adjust this exception in accordance with European law. It makes sense for the Dutch legislator to explicitly state that the right to speak falls under the concept of European participation. That would provide guidance to the management of Dutch companies as to how they should handle this complex subject. Further, it would reduce the risk that foreign authorities will wrongly fail to consider the Dutch right to speak in their review of whether the participating companies applied Article 16 Tenth Directive properly.

The research into the manner in which a transnational participation system works within the company created by the merger suggests a less optimistic picture. Particularly in those instances in which the statutory standard rules determine the solution, it does not always appear possible to give the transnational participation system a position which does justice to the protective notion on which Article 16 Tenth Directive rests. The participating companies may curtail the duties and rights of the members to whose appointment the participation rights pertains. However, the protection of existing participation rights does not extend so far that the company-law environment within which the participation rights applied prior to the merger will become part of the system set forth in Article 16 Tenth Directive. In addition, a transnational participation system results in a 'dilution' of the Dutch participation rights. Dutch employees must share their rights after the merger with foreign

employees who will flesh out the participation rights accorded to them in their own way. There is no solution to be found for these problems within the present system.

9.5 Preview

Let me state at the outset that Article 16 Tenth Directive merely supports the position of employee participation at company level within Europe. The provision raised awareness of employee participation, particularly in those Member States which had not been very familiar with it or not at all. It is cause for celebration that the Member State were able to reach a compromise on this very politically sensitive issue. The provisions may not deserve the beauty prize, but they are a start. Nevertheless, it cannot do any harm to think about appropriate changes to the European solution for employee participation with cross-border mergers, in light of the principles underlying this solution. My ideas on this centre of the solutions lie along the lines which have been set out at the European level for workers involvement in the undertaking.

The biggest problems associated with the provisions on employee participation go back to the vague and complex system included in Article 16 Tenth Directive, in which not much attention is paid to the manner in which participation manifest itself in a national context. There is a risk that national participation rights will not be recognised. Due to the peculiarities of Dutch participation law, this risk cannot be underestimated for Dutch workers. The risk becomes even greater if the company resulting from the merger is established in a foreign country. Monitoring of the substantive application of Article 16 Tenth Directive and the ensuing participation result then becomes the responsibility of a foreign authority, which usually knows little about Dutch participation law. From this vantage point, it is a loss that the Dutch works council is no player in the manner in which the managements of the participating companies apply the main rule and exceptions (whether the alternative regime goes into effect or not) and in implementing the statutory standard rules into the articles of association. This gap is inconsistent with the notion of protection on which Article 16 Tenth Directive is predicated. It is contradictory that the European regulations create a system which is targeted to preserve participation rights, but which then excludes the employees – the group entitled to the protection – from the process of giving shape to these regulations. This is all the more so, since my research has shown that the text of the law is ambiguous and susceptible to multiple interpretations on many points. Of course, this problem does not arise during negotiations. The employees are involved in drawing up the agreement through the special negotiating body.

The gap might be filled in by including rules in the Tenth Directive that the management of the participating company must inform and consult with the national employees (or their representatives) about the way in which they will be applying the main rule and exceptions or the statutory standard rules laid down in Article 16.

This would entail further specification of the information and consultation rights in Directive 2002/14/EC. While the Dutch employees will usually receive the information, too, through the procedure in Article 25 WCA, the right to issue a recommendation is not specifically geared to the application of Article 16 Tenth Directive. It would be in keeping with the European law for workers to explicitly be given the opportunity to comment on a major decision which may affect their employment position within the company. It makes no sense to grant the employees or the employee representatives a separate right of recommendation concerning the manner in which the management will apply Article 16. The European legislator made the criteria in Article 16 mandatory, so that the management of the participating companies are not entitled to any entrepreneurial freedom in this regard. A right of consultation is thus rather meaningless. The employees or employee representatives could, on the other hand, be provided the opportunity to protest the manner in which the management applies Article 16. The option could be introduced, I think, of raising objections to the (foreign) authority charged with monitoring the way the management implements the provisions of Article 16 Tenth Directive (scrutiny of the legality of the merger). I believe that this addition to the rights in Directive 2002/14/EC is justifiable, since it relates to the application of statutorily prescribed criteria, and, in particular, foreign authorities will often not be knowledgeable about the employee participation law of another Member State. In order to avoid a conflict with the right of establishment in Article 49 TFEU, such an objection procedure should, though, provide a conclusive answer relatively fast.

In the long run, there may be possibilities for redesigning the legal position of employee participation at the European level. The findings from my research show how difficult it is to transpose domestic participation systems on another legal system in a manner which does justice to the notion of protection in Article 16 Tenth Directive. Participation encompasses more than just a proportional number of appointment, election, recommendation and/or objection rights. It is closely related to the management structure in which it operates, so that some elements of participation law can easily be lost upon the transformation of a participation system from the one legal system to the other. What's more, the current, complex regulations impede companies from entering into cross-border mergers.

My preference would be to place participation – like workers involvement in the undertaking – within a separate legal system which is independent of the cross-border merger as such. The question arises what such a scheme ought to look like. In my opinion, this should not be a single uniform scheme applicable to all domestic limited liability companies of a certain size. I do not deem this either feasible or desirable, given the Member States' divergent views on employee participation law. Instead, I have in mind a directive which regulates the employee participation for the cross-border mobility of limited liability companies generally. This type of scheme would, moreover, immediately resolve the participation issue which has thwarted the formulation of the Fourteenth Directive.

The contours of the scheme should be delineated by a number of standard participation systems which have been equated with each other. Such a design would enable the Member State to select a system which fits in best with their national company law. The system in the Fifth Directive, which was based on three standard models, could be looked at for guidance. The three models include: (i) direct representation of the workers up to one-third of the members in the supervisory body or the non-executive board; (ii) a binding right of objection for the workers as regards the appointment of the supervisory body or the non-executive board and (iii) the establishment of a body which represents the workers at company level and possesses similar information and consultation rights as the supervisory element within the company. The second model is more in line with the previous Dutch participation system, and could be replaced by the present Dutch system entailing an (enhanced) right of recommendation regarding the composition of the supervisory board or the non-executive board and perhaps a right to speak.

The participation system selected and implemented by a Member State would take effect when participation is threatened by the cross-border mobility of national limited liability companies. The negotiation option could continue to exist, provided the management of the participating companies can directly decide to apply the standard participation system in force in the Member State where the company wishes to establish. Hence, the standard participation system would actually replace the current statutory stand rules. In this way, a 'foreign' participation system would no longer apply to the company created by the merger, but rather, a standard system would come into force which had already gained a position within the national company law of the country of establishment. This is a huge advantage. Employee participation need no longer be an extremely complicated exercise. Such a scheme, I think, also has a good chance of being successful, especially since the regulations would be confined to situations in which the employees' existing participation rights were threatened by the cross-border mobility of companies. The Member States will realise that the current provisions in Article 16 Tenth Directive only impede cross-border mobility. In that respect, my approach not only serves to protect existing participation rights, but also facilitates cross-border mergers.

RAPPORTEN EN ADVIEZEN

Commissie Verdam (1964)

Rapport Commissie Verdam, Herziening van het ondernemingsrecht, 26 november 1964, Den Haag 1965

Commissie De Grauwe (2000)

Commissie De Grauwe, Naar een beter bestuur van de Belgische vennootschappen, Verslag van de regeringscommissie Corporate Governance, 20 maart 2000

NAR (1984)

NAR, Rapport inzake Fundamentele hervorming van de ondernemingsraden, 22 mei 1984

NAR (2005)

NAR, Advies inzake de omzetting van Richtlijn 2002/14/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 2002 tot vaststelling van een algemeen kader betreffende de informatie en raadpleging van de werknemers in de Europese Gemeenschap, 24 maart 2005, adviesnr. 1.508

NAR & CRB (1976)

NAR & CRB, Advies inzake de problemen in verband met de vertegenwoordiging van de werknemers in het raam van een Europese vennootschap, 16 september 1976

NAR & CRB (2004)

NAR & CRB, Advies inzake de omzetting van richtlijn 2001/86/EG van de Raad van 8 oktober 2001 tot aanvulling van het statuut van de Europese vennootschap met betrekking tot de rol van de werknemers, 11 oktober 2004, adviesnr. 1.492, CRB 2004-1010, CCR 10

NAR & CRB (2008a)

NAR & CRB, Advies inzake de omzetting van artikel 16 van Richtlijn 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen, 19 april 2008, nr. D. 08-40, CRB/2008/469, CCR 10

NAR & CRB (2008b)

NAR & CRB, Advies inzake de omzetting van artikel 16 Richtlijn 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen, 29 april 2008, adviesnr. 1.634, CRB 2008-570, CRR 10

SER (1969)

SER, Advies inzake de herziening van het ondernemingsrecht, 19 september 1969, adviesnr. 1969/14

SER (1984)

SER, Advies Raden van commissarissen structuurvennootschappen, 13 april 1984, adviesnr. 1984/06

SER (2001)

SER, Advies Het functioneren en de toekomst van de structuurregeling, 19 januari 2001, adviesnr. 01/02

SER (2003)

SER, Advies aanpassing wet op de ondernemingsraden, 19 december 2003, adviesnr. 03/12

SER (2008)

SER, Advies evenwichtig Ondernemingsbestuur, 15 februari 2008, adviesnr. 08/01

LITERATUURLIJST

Asser, Van der Grinten & Maeijer 2-II* (1997)

W.D.H. Asser, W.C.L. van der Grinten & J.M.M. Maeijer, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Vertegenwoordiging en rechtspersonen 2-II**, Deventer: Kluwer 1997

Asser & Hartkamp 3-I* (2011)

W.D.H. Asser & A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Vermogensrecht, Europees recht en Nederland vermogensrecht 3-I**, Deventer: Kluwer 2011

Asser, Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* (2009)

W.D.H. Asser, J.M.M. Maeijer, G. Van Solinge & M.P. Nieuwe Weme, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Rechtspersonenrecht, De naamloze en besloten vennootschap 2-II**, Deventer: Kluwer 2009

Assink (2009)

B.F. Assink, 'Facetten van verantwoordelijkheid in hedendaags ondernemingsbestuur', in: & D.A.M.H.W. Strik, *Ondernemingsbestuur en risicobeheersing op de drempel van een nieuw decennium: een ondernemingsrechtelijke analyse, preadvies van de vereniging 'handelsrecht'*, Kluwer: Deventer 2009, p. 5-195

Bachmann, Baums & Habersack e.a. (2009)

G. Bachmann, T. Baums & M. Habersack e.a., 'Entwurf einer Regelung zur Mitbestimmungsvereinbarung sowie zur Größe des mitbestimmten Aufsichtsrats', *ZIP* 2009/19, p. 885-899

Baeten & François (2000)

S. Baeten & A. François, 'Vennootschapsbelang en (versus?) algemeen belang. Enige verkennende beschouwingen over de invulling van het vennootschaps(?) belang in overheidsondernemingen', in: S. Baeten, K. Byttebier & K. Leus (red.), *Onderneming van publiek recht*, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 2000, p. 15-62

Barkhuysen, Van Emmerik & Ploeger (2005)

T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & H.D. Ploeger, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht*, Preadviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2005

Bartman & Dorresteyn (2009)

S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteyn, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2009

Bartman & Holtzer (2008)

S.M. Bartman & M. Holtzer, 'Evenwichtig ondernemingsbestuur in de polder', *TvOB* 2008/3, p. 57-65

Behme (2008)

C. Behme, 'Der Weg deutscher Aktiengesellschaften ins Ausland – Goldene Brücke statt Stolperpfad', *BB* 2008/3, p. 70-73

Beitzke (1965)

G. Beitzke, 'Anerkennung und Sitzverlegung von Gesellschaften und juristischen Personen in EWG-Bereich', *ZHR* 1965, p. 1-47

Bellingwout (2009)

J.W. Bellingwout, 'Cartesio: mijlpaal en doorbraak na Daily Mail', *WFR* 2009/6800, p. 217-227

Beltzer (2008)

R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector*, Deventer: Kluwer 2008

Beltzer (2010)

R.M. Beltzer, 'Europese Hof van Justitie volgt A-G: identiteit en eenheid zijn inderdaad verschillende zaken', *AR-Updates commentaar* 2010, 16

Beltzer & Haanappel (2011)

R.M. Beltzer & I.A. Haanappel, 'Het Hof van Justitie en zijn benigna interpretatio van werkgever en werknemer', *ArA* 2011/1, p. 57-77

Betlem (2009)

G. Betlem, 'Richtlijnconforme interpretatie', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh & L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlands privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 97-132

Bijkerk (2011)

E.O. Bijkerk, 'Het spreekrecht van de ondernemingsraad nader belicht', *V&O* 2011/2, p. 26-29

De Bijll Nachenius (1992)

H.J. de Bijll Nachenius, 'Medezeggenschap in internationale concerns', in: W.C.L. van der Grinten e.a. (red.), *Grensoverschrijdende samenwerking van ondernemingen*, Serie monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut, Deventer: Kluwer 1992, p. 31-40

De Bijll Nachenius (1994)

H.J. de Bijll Nachenius, 'De ondernemingsraad en de Europese ondernemingsraad', *De NV* 1994, p. 263-266

Blanke (2002)

T. Blanke, 'Workers' right to information and consultation within the undertaking (Article 27)', in: B. Bercusson (red.), *European Labour Law and the EU Charter of Fundamental Rights*, Brussel: ETUI 2002, p. 255-289

Blanke (2008)

T. Blanke, 'Die betriebsverfassungsrechtliche Stellung der Leiharbeit', *DB* 2008/21, p. 1153-1159

Blanpain (1996)

R. Blanpain, 'Europees arbeidsrecht. Omzetting van richtlijnen bij wijze van collectieve arbeidsovereenkomsten', in: R. Blanpain, C. Engels & O. Vanachter, *De Europese ondernemingsraad in België. De CAO nr 62 van 6 februari 1996*, Leuven: Peeters 1996, p. 7-17

Boot (1995)

A.W.A. Boot, 'Naar een dynamischer structuurregime', *De NV* 73, 12 december 1995, p. 280-284

Boschma & Schutte-Veenstra (2008)

H.E. Boschma & J.N. Schutte-Veenstra, 'De Europese BV: een voorstel voor een SPE-Statuut', *Ondernemingsrecht* 2008/180, p. 602-610

Van Boxtel (2007)

H.J.M.M. van Boxtel, 'De rol van de notaris bij de grensoverschrijdende fusies', *WPNR* 2007/6721, p. 700-708

Braeckmans & Houben (2012)

H. Braeckmans & R. Houben, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2012

Brammsen (2010)

J. Brammsen, 'Der Arbeitnehmerbegriff', *RdA* 2010/5, p. 267-274

Brandes (2008)

S. Brandes, 'Mitbestimmungsvermeidung mittels grenzüberschreitender Verschmelzungen', *ZIP* 2008/47, p. 2193-2199

Van den Broek (2011)

H. van den Broek, *Cross-Border Mergers within the EU. Proposals to remove the remaining tax obstacles*, Van den Broek: 2011

Brink (1993)

M. Brink, 'De structuurwet, don't fix it, if it isn't broken', *TVVS* 1993/10, p. 257-259

Brors (2003)

C. Brors, 'Leiharbeitnehmer wählen ohne zu zählen', *NZA* 2003/24, p. 1380-1383

Van Bruystegem & Vercruysse (2007)

B. van Bruystegem & V. Vercruysse, 'Herstructurering' in: *Vennootschap en belastingen (losbl.)*, Mechelen: Kluwer (verschillende data), nrs. 7-100 t/m 7-600 (bijgewerkt tot september 2007)

Buijs (1997)

D.C. Buijs, 'Pas de deux van de Europese ondernemingsraad en het Europese (ondernemings)recht', in: R. Blanpain, D.C. Buijs & J.J.M. Lamers (red.), *Medezeggenschap op Europees niveau: de EU-richtlijn van 22 september 1994*, Vereniging voor Arbeidsrecht, Deventer: Kluwer 1997, p. 47-110

Buijs (2001a)

D.C. Buijs, 'De Europese vennootschap, een Brussels virus voor het nationale medezeggenschapsrecht', *Ondernemingsrecht* 2001/7, p. 181-182

Buijs (2001b)

D.C. Buijs, 'De Europese Vennootschap: een instrument voor internationale reorganisaties voor liefhebbers van een rol voor de werknemers', *NTER* 2001/5, p. 121-126

Buijs (2004)

D.C. Buijs, 'Het structuurregime, de SE en de buitenlandse werknemers', *Ondernemingsrecht* 2004/93, p. 267-269

Byttebier (2004)

K. Byttebier, 'Nieuwe Corporate Governance-opportunities op het vlak van de bestuursinrichting', in: K. Byttebier, A. Francois & J. Delvoie (red.), *De wet Corporate Governance ont(k)leed*, Mechelen: Kluwer 2004, p. 137-181

Cornelis, De Keyser, D'Hooghe & Vandendriessche (2000)

L. Cornelis, E. de Keyser, D. D'Hooghe & F. Vandendriessche, 'De N.V. van publiek recht', in: S. Baeten, K. Byttebier & K. Leus (red.), *Onderneming van publiek recht*, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 2000, p. 63-125

Declercq (1969)

T. Declercq, 'De houding van het algemeen christelijk vakverbond ten opzichte van de medezeggenschap in de onderneming', in: M. Stroobant (red.), *De medezeggenschap van de werknemer in de onderneming*, Gent: Story-Scientie 1969

Delmotte (2004)

B. Delmotte, 'Behoudt of verliest de raad van bestuur de bevoegdheden die hij heeft verleend aan het directiecomité?', *TRV* 2004, p. 219-224

Devroe (1998)

W. Devroe, 'Deugdelijk bestuur van overheidsondernemingen (autonome overheidsbedrijven, publiekrechtelijke naamloze vennootschappen)', *TRV* 1998, p. 461-491

Devroe (2007)

W. Devroe, 'Algemene beginselen en privaatrechtelijke verhoudingen' in: S. Hartkamp, C.H. Sieburgh & L.A.D. Keus, *De invloed van het Europees recht op het Nederlands privaatrecht*, deel 1, Deventer: Kluwer 2007

Dörner (2005)

H-J. Dörner, 'Der Leiharbeitnehmer in der Betriebsverfassung', in: W. Kohte, H-J Dörner & R. Anzinger (red.), *Arbeitsrecht im sozialen Dialog, Festschrift für Hellmut Wissmann zum 65. Geburtstag*, München: Beck 2005, p. 286-301

Dorresteyn & Verkerk (2009)

A.F.M. Dorresteyn & B. Verkerk, 'Nakaarten over Cartesio, grensoverschrijdende zetelverplaatsing en omzetting', *O&F* 2009/ 2, p. 55-68

Dorssemont (1998)

F. Dorssemont, 'De (langzame) omzetting naar Belgisch recht van Richtlijn 94/45 (inzake de instelling van een Europese ondernemingsraad of van een procedure in ondernemingen of concerns met een communautaire dimensie ter informatie en raadpleging van de werknemers)', *Soc. Kron.* 1998/1, p. 1-14

Dorssemont (1999)

F. Dorssemont, 'Directive 94/45: a General Analysis' in: M. Rigaux & F. Dorssemont (red.), *Comités d'Entreprise Européen Works Councils*, Antwerpen/Groningen: Intersentia Rechtswetenschappen 1999, p. 31-78

Dorssemont (2006)

F. Dorssemont, 'The Renault Sage (revisted)', *ECL* 2006, 1, p. 5-10

Dorssemont (2007)

F. Dorssemont, 'De impact van de Richtlijn 2002/14/EG 2002/14 betreffende de informatie en raadpleging in de 'onderneming': verbreding en verdieping', in P. Humblet en J. Vanthournout (red.), *Sociale verkiezingen doorgelicht*, Antwerpen: Intersentia 2007, p. 153-193

Dorssemont & Jaspers (1999)

F. Dorssemont & A.Ph.C.M. Jaspers, 'De 'affaire Renault': een les voor later of een storm in de Europese vijver!?', *SR* 1999, p. 152-162.

Dortmond (2002)

P.J. Dortmond, 'Een afwijkende benoeming', *Ondernemingsrecht* 2002/3-4, p. 92-96

Dortmond (2004)

P.J. Dortmond, 'Ontwerprichtlijn grensoverschrijdende fusies', *Ondernemingsrecht* 2004/12, p. 40-41

Dortmond (2009)

P.J. Dortmond, 'Nota van wijziging wetsvoorstel aanpassing regels over bestuur en toezicht', *Ondernemingsrecht* 2009/72, p. 312-314

Drijber (2006)

B.J. Drijber, 'Annotatie bij bij HvJ EG 13 december 2005, zaak C-411/03 (*SEVIC Systems AG*)', *SEW* 2006/ 7-8, p. 292-293

Drinhausen & Keinath (2010)

F. Drinhausen & A. Keinath, 'Mitbestimmung bei grenzüberschreitender Verschmelzung mitbestimmungsfreier Gesellschaften', *AG* 2010/11, p. 398-403

Duk (2000)

R.A.A. Duk, 'Besluiten zijn besluiten, of niet', in: A.F.J.A. Leijten, L. Timmerman & J.H.M. Willemns e.a., *Conflicten rondom de rechtspersoon*, Deventer: Kluwer 2000, p. 47-63

Dumoulin (2005)

S.H.M.A. Dumoulin, 'De positie van niet-uitvoerend bestuurders in het monistisch bestuursmodel', *Ondernemingsrecht* 2005/91, p. 266-272

Dumoulin (2012)

S.H.M.A. Dumoulin, 'Het monistische bestuursmodel volgens de Wet bestuur en toezicht - observaties vanuit de praktijk', *Ondernemingsrecht* 2012/90, p. 488-495

Van Eck & Groenland (2010)

G.C. van Eck & I.C.P. Groenland, 'Cartesio: een nieuwe stap op het gebied van grensoverschrijdende herstructurerings', *JBN* 2010/3, p. 9-13

Van Eck & Roelofs (2010)

G.C. van Eck & E.R. Roelofs, 'De reikwijdte van de Tiende Richtlijn en de Wet grensoverschrijdende fusies en het oprichtingsvereiste', *TvOB* 2010, 1, p. 1-9

Eikelboom (2009)

F. Eikelboom, 'Een toetsingskader voor het treffen van voorzieningen in het enquêterecht: artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM (bescherming van eigendom)', *Ondernemingsrecht* 2009/143, p. 606-611

Van Emmerik (2008)

M.L. Emmerik, 'Verplichtingen voor de wetgever na Straatsburgse uitspraken op grond van het EVRM', in: *Publicaties van de staatsrechtkring, Wetgever en grondrechten*, Nijmegen: WLP 2008, p. 129-160

Van de Ende (2010)

P.A. van de Ende, 'Wetsvoorstel bestuur en toezicht: een drietal amendementen nader belicht', *V&O* 2010/2, p. 25-29

Engels (1996)

C. Engels, 'De informatie en consultatie van werknemers in ondernemingen of concerns met een communautaire dimensie: de C.A.O. nr 62', *OR* 1996, p. 121-135

Engels (2012)

C. Engels, 'Aanpassingen van Europese ondernemingsraadsovereenkomst aan belangrijke structuurwijzigingen', in: F. Dorssemont & P. Kerckhofs (red.), *De omzetting*

van de Herschikkingsrichtlijn 2009/38 Europese ondernemingsraden naar Belgisch recht, Brugge: Die Keure 2012, p. 85-91

Ernst & Van Den Eynden (2003)

Ph. Ernst & L. van den Eynden, 'De corporate governance-wet verleent aan het directiecomité een wettelijke basis en een flexibel regime', in: H. Braeckmans & E. Wymeersch (red.), *Behoorlijk vennootschapsbestuur. Een analyse van de wet van 2 augustus 2002*, Antwerpen: Intersentia 2003, p. 23-76

Fichtelmann (2009)

H. Fichtelmann, 'Anhang zu § 13, §§ 35-52 GmbHG', in: H. Bartl, A. Bartl & H. Fichtelmann e.a. (red.), *GmbH-Recht*, Heidelberg: C.F. Müller 2009, p. 177-182 en 271-508

Fitting, Engels, Trebinger e.a. (2012)

K. Fitting, G. Engels, Y. Trebinger, I. Schmidt & W. Linsenmaier, *Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung*, München: Franz Vahlen 2012

Forst (2010)

G. Forst, 'Beteiligung der Arbeitnehmer in der Vorrats-SE. Zugleich Besprechung des Beschlusses des OLG Düsseldorf v. 30. 3. 2009 – I-3 Wx 248/08' *Rda* 2010/55, p. 55-59

François (2006)

A. François, 'Tweestrijd omtrent het directiecomité', in: H. Simonart, B. Rémiche & Y. de Cordt, *Liber Amicorum Jacques Malherbe*, Brussel: Brylant 2006, p. 433-467

François & Delvoie (2004)

A. François & J. Delvoie, 'Vennootschapsbelang', in: K. Byttebier, A. François & J. Delvoie (red.), *De wet Corporate Governance ont(k)leed*, Mechelen: Kluwer 2004, p. 5-91

Fransen & Van Lent (2008)

E.J.A. Franssen & C. van Lent, 'De Viking-zaak en de Laval-zaak: werknemersacties in het licht van de fundamentele vrijheden', *ArA* 2008/2, p. 61-100

Franz & Laeger (2008)

A. Franz & L. Laeger, 'Die Mobilität deutscher Kapitalgesellschaften nach Umsetzung des MoMiG unter Einbeziehung des Referentenentwurfs zum internationalen Gesellschaftsrecht', *BB* 2008/14, p. 678-685

Freis (2009)

G. Freis, 'Kommentar zum §§ 11-21 SEBG', in: B. Nagel, G. Freis & G. Kleinsorge (red.), *Beteiligung der Arbeitnehmer im Unternehmen auf der Grundlage des europäischen Rechts*, Berlin: De Gruyter 2009, p. 144- 194

Gaul (2012)

B. Gaul, 'Kommentar zum §§ 1-6 BetrVG', in: M. Henssler, J.J. Willemsen & H-J. Kalb, *Arbeitsrecht Kommentar*, Köln: Otto Schmidt 2012, p. 739-781

Geens (1999)

K. Geens, 'Over corporate governance, aandeelhoudersstructuren en vennootschapsrecht', in: Jan Ronse Instituut (red.), *Knelpunten van dertig jaar vennootschapsrecht*, Kalmthout: Biblo 1999, p. 735-768

Geens, Hellemans, Haelterman & Bvernage (1995)

K. Geens, F. Hellemans, A. Haelterman & P. Bvernage, 'Juridische instrumenten tot verankering van Belgische ondernemingen', *Nieuw Tijdschrift voor Politiek* 1995/3, p. 5-46

Geerebaert & Goyens (2010)

P. Geerebaert & K. Goyens, 'Grensoverschrijdende fusie bekeken vanuit arbeidsrechtelijk perspectief', *Soc. Kron.* 2010/9, p. 461-481

Geinger & Heijerick (2009)

H. Geinger & N. Heijerick, *Inleiding tot het vennootschapsrecht*, Brugge: Die Keure 2009

Gepken-Jager (2003)

E.E.G. Gepken-Jager, 'The New European Company: opportunity in diversity', *Ondernemingsrecht* 2003/9, p. 336-341

Gerards & Glaz (2012)

J. Gerards & L. Glaz, 'De verhouding tussen het EHRM en het HvJ EU na toetreding van de EU tot het EVRM', *Ars Aequi* 2012, p. 520-530

Van Gerven (2004)

D. van Gerven, 'De bevoegdheden van het directiecomité in de naamloze vennootschap in de verhouding tot de raad van bestuur', *TRV* 2004, p. 22-27

Gerver (2000)

P.H.M. Gerver, 'Juridische fusie van stichtingen: toelichting en stappenplan', *S&V* 2000/1, p. 1-7

Glasz (1993)

J.R. Glasz, 'De commissaris ter verantwoording', *TVVS* 1993/10, p. 260-263

Goodijk & Sorge (2005)

R. Goodijk & A.M. Sorge, *Maatwerk in overleg: kiezen voor passende overlegvormen*, Assen: Koninklijke Van Gorcum 2005

Grambow & Stadler (2010)

T. Grambow & R. Stadler, 'Grenzüberschreitende Verschmelzungen unter Beteiligung einer Europäischen Gesellschaft (Societas Europaea – SE)', *BB* 2010, p. 977-980

Van der Grinten (1993)

W.C.L. van der Grinten, 'Fusievragen', *De NV* 1993, 71, p. 239-243

Van der Grinten (1994)

W.C.L. van der Grinten, 'De structuurvennootschap in discussie', *NJB* 1994/3, p. 85-89

Grobys (2005)

M. Grobys, 'SE-Betriebsrat und mitbestimmung in der Europäischen Gesellschaft', *NZA* 2005/2, p. 84-91

Habersack (2007)

M. Habersack, 'Grundsatzfragen er Mitbestimmung in SE und SCE sowie bei grenzüberschreitender Verschmelzung', *ZHR* 2007, p. 613-643

Habersack (2009)

M. Habersack, 'Die unternehmerische Mitbestimmung in der SE', in: T. Danwitz, M. Habersack & S. Lorenz (red.), *Aktuelle Entwicklungen im europäischen Verfassungs-, Wirtschafts- und Schuldrecht (Jahrbuch für Italienisches Recht)*, Heidelberg: Müller 2009, p. 19-42

Habersack (2013)

M. Habersack, 'Kommentar zum §§ 34-35 SEBG und des MgVG', in: P. Ulmer, M. Habersack & M. Henssler (red.), *Mitbestimmungsrecht. Kommentierung des MitbestG, der DrittelbG, des SEBG und des MgVG*, München: Beck 2013, p. 870-893 en p. 967-1012

Hamann (2003)

W. Hamann, 'Betriebsverfassungsrechtliche Auswirkungen der Reform der Arbeitnehmerüberlassung', *NZA* 2003/10, p. 526-534

Hanau (2001a)

P. Hanau, 'Denkschrift zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes', *RdA* 2001/2, p. 65-68

Hanau (2001b)

P. Hanau, 'Sicherung unternehmerischer Mitbestimmung, insbesondere durch Vereinbarung', *ZGR* 2001/1, p. 75-109

Heerma van Voss (2003)

G.J.J. Heerma van Voss, *Inleiding Sociaal Recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003

Van Hees (2009)

B. van Hees, 'Het Cartesio-arrest en re-incorporatie binnen de Europese Unie', *V&O* 2009/1, p. 5-8

Henssler (2008)

M. Henssler, 'Freiwillige Vereinbarungen über die Unternehmensmitbestimmung', in: L. Aderhold, B. Grunewald & D. Klingberg (red.), *Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag*, Köln: Otto Schmidt 2008, p. 1019-1038

Henssler (2013)

M. Henssler, 'Kommentar zum § 33 MitbestG und des SEBG', in: P. Ulmer, M. Habersack & M. Henssler (red.), *Mitbestimmungsrecht. Kommentierung des MitbestG, der DrittelbG, des SEBG und des MgVG*, München: Beck 2013, p. 614-632 en p. 717-944

Heuschmid (2006)

J. Heuschmid, 'Unternehmensmitbestimmung nach der Richtlinie zur grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften', *AuR* 2006/6, p. 184-192

Hijink (2010)

J.B.S. Hijink, 'Grensoverschrijdende verplaatsingen van vennootschappen na Cartesio: enige juridische, fiscale en beleidsmatige overpeinzingen', *Ondernemingsrecht* 2010/77, p. 371-383

Van den Hoek (1992)

P.C. van den Hoek, 'De toekomst van de structuurregeling', *TVVS* 1992/11, p. 275-280

Van den Hoek (1994)

P.C. van den Hoek, 'Dient het structuurregime te worden aangepast aan gewijzigde omstandigheden of inzichten?', in: P. van Schilfgaarde, P.J. Dortmund &

L. Timmerman e.a. (red.), *Knelpunten in de vennootschapswetgeving*, Deventer: Kluwer 1994, p. 35-51

Van den Hoek (2000)

M.P. van den Hoek, 'Aandelenoverdracht en zeggenschap in art. 25 WOR', *Ondernemingsrecht* 2000/6, p. 144-146

Holtzer (2009)

M. Holtzer, 'De structuurvennootschap en de one tier board', in: M.J. Kroeze, E.M.H. Hirsch Ballin & A.H.G. Kan e.a. (red.), *Bestuur en toezicht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 53-64

Holtzer (2010)

M. Holtzer, 'Het spreekrecht van de ondernemingsraad van de naamloze vennootschap bij belangrijke besluiten', *Ondernemingsrecht* 2010/114, p. 553-556

Honée (1981)

H.J.M.N. Honée, *Concernrecht en medezeggenschapsregelingen*, Deventer: Kluwer 1981

Honée (1994)

H.J.M.N. Honée, 'Communautaire medezeggenschap', *De NV* 72, 11 november 1994, p. 258-263

Honée (1995)

H.J.M.N. Honée, 'Overeenkomsten betreffende Communautaire Medezeggenschap', *De NV* 1995, p. 47-52

Honée (1996)

H.J.M.N. Honée, *Commissarissen, gezanten uit niemandsland* (oratie EUR), Deventer: Tjeenk Willink 1996

Hüffer (2012)

U. Hüffer, *Aktiengesetz* (Kommentar), München: Beck 2012

Humblet (1994)

P. Humblet, *De gezagsuitoefening door de werkgever* (diss. U.I.A.), Antwerpen: Kluwer 1994

Ingelse (2012)

P. Ingelse, 'Mede-ondernemerschap en concernenquête', *TAO* 2012/1, p. 27-33

Van den Ingh (1990)

F.J.P. van den Ingh, 'Enige kanttekeningen bij Hof Amsterdam 27 juli 1989 (PUEM (I))', *WPNR* 90/5958, p. 278-280 en 'Enige kanttekeningen bij Hof Amsterdam 27 juli 1989 (PUEM) (II)', *WPNR* 90/5959, p. 297-298

Jacobs (2003)

A.T.J.M. Jacobs, *Collectief Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2003

Jaspers (2013)

A.Ph.C.M. Jaspers, 'Medezeggenschap', in: S.S.M. Peters & R.M. Beltzer, *Inleiding Europees arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 291-333

Junker (2012)

A. Junker, *Grundkurs Arbeitsrecht*, München: Beck 2012

Jürgenmeyer (2007)

M. Jürgenmeyer, 'Satzungsklauseln über qualifizierte Beschlussmehrheiten im Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft', *ZGR* 2007/1, p. 112-143

Van het Kaar (1993)

R.H. van het Kaar, *Medezeggenschap bij fusie en ontvlechting* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1993

Van het Kaar (2006)

R.H. van het Kaar, 'OR overschrijdt beroepstermijn. Welke OR?', *SR* 2006/6, p. 207-209

Van het Kaar (2010)

R.H. van het Kaar, 'Annotatie bij Oberlandesgericht Düsseldorf 30 maart 2009, 1-3 Wx 248/08', *TRA* 2010/30, p. 26-28

Van het Kaar (2011)

R.H. van het Kaar, 'Annotatie bij Hof Amsterdam (OK) 14 oktober 2010', *TRA* 2011/17, p. 23-25

Van het Kaar (2012)

R.H. van het Kaar, 'Hoge Raad laat oordeel OK dat sprake is van medeondernemerschap in stand', *TRA* 2012/39, p. 23-25

Van het Kaar & Smit (2007)

R.H. van het Kaar & E. Smit (red.), *Vier scenario's voor de toekomst van de medezeggenschap*, Delft: Uitgeverij Eburon 2007

Kanen (2012)

B.C.L. Kanen, 'De structuurregeling en adviesrecht', *Arbeidsrecht* 2012/25, p. 24-27

Katz (2010)

A. Katz, *Staatrecht Grundkurs im öffentlichen Recht*, Nördlingen: Beck 2010

Kiersch & Ter Huurne (2001)

E.D.G. Kiersch & G.M. ter Huurne, 'Het statuut van de Europese vennootschap', *Ondernemingsrecht* 2001/7, p. 183-190

Kingma (2013)

R. Kingma, 'De weging van vennootschappelijke medezeggenschap binnen de EU: geen appels met peren vergelijken', *Arbeidsrecht* 2013/22, p. 3-7

Kirchner, Kremp & Magotsch (2010)

J. Kirchner, P.R. Kremp & M. Magotsch, *Key aspects of German Employment and Labour law*, Berlin: Springer Heidelberg 2010

Kisker (2006)

O. Kisker, 'Unternehmerische Mitbestimmung in der Europäischen Gesellschaft, der Europäischen Genossenschaft und bei grenzüberschreitende Verschmelzung im Vergleich', *RdA* 2006/4, p. 206-211

Kleinhenz (2008)

H.M. Kleinhenz, *Die grenzüberschreitende Verschmelzung unter Beteiligung deutscher Unternehmen nach Umsetzung der Richtlinie 2005/56/EG*, Taunusstein: Driessen 2008

Kleinsorge (2009)

G. Kleinsorge, 'Kommentar zum §§ 4-10 SEBG', in: B. Nagel, G. Freis & G. Kleinsorge (red.), *Beteiligung der Arbeitnehmer im Unternehmen auf der Grundlage des europäischen Rechts*, Berlin: De Gruyter 2009, p. 96-143

Kloppenburger (2010)

T. Kloppenburger, 'Kommentar zum §§ 1-5 BetrVG', in: F.J. Düwell (red.), *Betriebsverfassungsgesetz (Handkommentar)*, Baden-Baden: Nomos 2010, p. 105-252

Kluge & Stolt (2006)

N. Kluge & M. Stolt, *The European Company - Prospects for worker board-level participation in the enlarged EU*, Brussel: SDU en Ethui-REHS 2006

De Kluiver (2004)

H.J.E. de Kluiver, 'Een vennootschap in wording', in: H.J. Kluiver, S.H.M.A. Dumoulin & P.A.M. Witteveen (red.), *De Europese vennootschap, preadvies van de vereniging 'handelsrecht'*, Rotterdam: Kluwer 2004, p. 3-86

Koning (1995)

F. Koning, 'De Europese ondernemingsraad', *SMA* 1995, p. 89-102.

Koning (1997)

F. Koning, 'Corporate governance en het recht van bezwaar in de structuurregeling', *De NV* 75, 1 januari 1997, p. 13-20

Krause (2005)

R. Krause, 'Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft (SE)', *BB* 2005/22, p. 1221-1229

Krause & Janko (2007)

N. Krause & M. Janko, 'Grenzüberschreitende Verschmelzungen und Arbeitnehmermitbestimmung', *BB* 2007/41, p. 2194-2197

Laagland (2010)

F.G. Laagland, 'Het compromis van artikel 16 Tiende Richtlijn. Werknemersmedezeggenschap bij een grensoverschrijdende fusie', *ArA* 2010/3, p. 50-73

Laagland (2011)

F.G. Laagland, 'Grensoverschrijdende overgang van onderneming. Een analyse van de bevoegde rechter en het toepasselijke recht', *ArA* 2011/3, p. 3-29

Laagland (2012)

F.G. Laagland, 'Artikel 16 Tiende Richtlijn binnen het vennootschapsrecht. Vennootschappelijke medezeggenschap bij een grensoverschrijdende juridische fusie', *TAO* 2012/3-4, p. 95-102 (tevens gepubliceerd in *ARBAC*)

Lamers (1997)

J.J.M. Lamers, 'De Europese Ondernemingsraad in bedrijf: Nederland wet en praktijk', in: R. Blanpain, D.C. Buijs & J.J.M. Lamers (red.), *Medezeggenschap op Europees niveau de EU-Richtlijn van 22 september 1994*, Vereniging voor Arbeidsrecht, Kluwer: Deventer 1997, p. 111-181

Losbl. Rp. (diverse auteurs)

J.B. Huizink (red.), *Groene Serie Rechtspersonen*, Groene Serie, losbladig

Löwisch (2001)

M. Löwisch, 'Änderung der Betriebsverfassung durch das Betriebsverfassungs-Reformgesetz', *BB* 2001/34, p. 1734-1746

Lunk & Hinrichs (2007)

S. Lunk & L. Hinrichs, 'Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitende Verschmelzungen nach dem MgVG', *NZA* 2007/14, p. 773-780

Maatman (1998)

R.H. Maatman, 'Corporate governance en het structuurregime', *De NV* 1998/9, p. 181-185

Maeijer (2000)

J.M.M. Maeijer, 'Het eigendomsrecht en het belang van de onderneming', in: H. Cousy, E. Dirix & S. Stijns e.a. (red.), *Liber Amicorum Walter van Gerven*, Kluwer: Deventer 2000, p. 415-426

Maeijer (1994a)

J.M.M. Maeijer, 'Annotatie bij Hoge Raad 26 januari 2000 (Gemeentelijke herindeling)', *NJ* 2000/223, p. 1532-1533

Maeijer (1994b)

J.M.M. Maeijer, 'De benadering in het concern in het medezeggenschapsrecht', in: W.H.A.C.M. Bouwens, E.W. de Groot & C.C.A.M. Jacobs-de Klerk e.a. (red.), *Sociaal recht: de grenzen verkend: een bundel opstellen aangeboden aan prof. Mr. L.J.M. de Leede bij zijn afscheid als hoogleraar sociaal recht aan de Katholieke Universiteit Nijmegen*, Zwolle: Tjeenk Willink 1994, p. 331-339

Maresceau (2009)

K. Maresceau, 'Het vrij vestigingsrecht, de problematiek van de zetelverplaatsing en zijn impact op het internationaal privaatrecht: een stand van zaken na de zaak Cartesio', *TBH* 2009/6, p. 581-609

Masing (2006)

J. Masing, 'Vorrang des Europarechts bei umsetzungsgebundenen Rechtsakten', *NJW* 2006/5, p. 264-268

Meeusen (2003)

J. Meeusen, 'De werkelijke zetel-leer en de communautaire vestigingsvrijheid van vennootschappen. Analyse van het arrest Überseering van het Hof van Justitie', *TRV* 2003, p. 95-127

De Mol (2011)

M. de Mol 'The novel approach of the CJEU on the horizontal direct effect of the EU principles of non-discrimination', *MJ* 2011, 1-2, p. 109-135 (te vinden via: http://www.rechten.unimaas.nl/iuscommune/prize/pdf/2011_De_Mol.pdf)

De Mol, Pahladsingh & Van Heijningen (2012)

M. de Mol, A. Pahladsingh & L.R. van Heijningen, 'Inroepbaarheid in rechte van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie: Toepassingsgebied en het onderscheid tussen 'rechten' en 'beginselen'', *SEW* 2012/90, p. 222-236

Müller (2006)

H-F. Müller, 'Die grenzüberschreitende Verschmelzung nach dem Referentententwurf des Bundesjustizministeriums' *NZG* 2006/8, p. 286-290

Müller-Bonanni & Müntefering (2009a)

T. Müller-Bonanni & M. Müntefering, 'Arbeitnehmerbeteiligung bei SE-Gründung und grenzüberschreitende Verschmelzung im Vergleich', *BB* 2009/32, p. 1699-1703

Müller-Bonanni & Müntefering (2009b)

T. Müller-Bonanni & M. Müntefering, 'Grenzüberschreitende Verschmelzung ohne Arbeitnehmerbeteiligung? Praxisfragen zum Anwendungsbereich und Beteiligungsverfahren des MgVG', *NJW* 2009, p. 2347-2353

Nagel (2007)

B. Nagel, 'Das Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen (MgVG)', *NZG* 2007/2, p. 57-59, 351-387

Nagel (2009)

B. Nagel, 'Kommentar zum §§ 1-2, 22-43 SEBG und zum Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen (MgVG)', in: B. Nagel, G. Freis & G. Kleinsorge (red.), *Beteiligung der Arbeitnehmer im Unternehmen auf der Grundlage des europäischen Rechts*, Berlin: De Gruyter 2009, p. 80-95, 195-265 en 345-387

Nelissen Grade (2003)

J-M. Nelissen Grade, 'Het nieuwe directiecomité?', in: Jan Ronse Instituut (red.), *Nieuw vennootschapsrecht 2002: wet corporate governance*, Kalmthout: Biblo 2003, p. 106-156

De Nijs Bik (2004)

W.W. de Nijs Bik, *De nieuwe structuurregeling*, Deventer: Kluwer 2004

Nikoleyyczik & Führ (2010)

T. Nikoleyyczik & T. Führ, 'Mitbestimmungsgestaltung im grenzüberschreitenden Konzern unter besonderer Berücksichtigung der SE und grenzüberschreitender Verschmelzungen', *DStR* 2010/34, p. 1743-1750

Nowak (2009)

R.G.J. Nowak, 'Het wetsvoorstel spreekrecht OR bij belangrijke ava-besluiten', *Ondernemingsrecht* 2009/59, p. 263-265

Nunes & Zwemmer (2011)

E. Nunes & J.P.P.H. Zwemmer, 'Kroniek medezeggenschap 2010', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de vereniging corporate litigation 2010-2011*, Deventer: Kluwer 2011, p. 57-82

Oderkerk (1999)

A.E. Oderkerk, *De preliminaire fase van het rechtsvergelijkend onderzoek* (diss. UvA), Ars Aequi Libri: 1999

Oechsler (2006)

J. Oechsler, 'Die Richtlinie 2005/56/EG über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten', *NZG* 2006/5, p. 161-166

Oetker (2008)

H. Oetker, 'Großkommentar Mitbestimmungsgesetz, Betriebsverfassungsgesetz, Montan-Mitbestimmungsgesetz und Montan-Mitbestimmungsergänzungsgesetz', in: K. J. Hopt & H. Wiedemann (red.), *Aktiengesetz Großkommentar*, Berlin: De Gruyter 2008, p. 1-400

Oetker (2011)

H. Oetker, 'Kommentar zum DrittelbG, MitbestG und Montan-MitbestG', in: T. Dieterich, P. Hanau & G. Schaub (red.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, München: Beck 2011, p. 1822-1843, 2264-2326

Van Olffen (2009)

M. van Olffen, 'Inrichting van de one tier-vennootschap bij of krachtens de statuten', in: M.J. Kroeze, E.M.H. Hirsch Ballin & A.H.G. Kan e.a. (red.), *Bestuur en toezicht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 31-52

Van Olffen (2012)

M. van Olffen, 'Inrichting van de one tier board bij of krachtens de statuten', *Ondernemingsrecht* 2012/89, p. 481-487

Van Ooik (1999)

R.H. van Ooik, *De keuze der rechtsgrondslag voor besluiten van de Europese Unie* (diss. Utrecht), Europese monografieën 63, Deventer: Kluwer 1999

Otterranger (1994)

T.R. Otterranger, 'De Europese Ondernemingsraad, enkele Europeesrechtelijke observaties', *TVVS* 1994/12, p. 339-340

Overes & Van Veen (2000)

C.H.C. Overes & W.J.M. van Veen, 'Over stem, besluit en besluitvorming', *S&V* 2000/6, p. 131-141

Palandt & Wiedenkauff (2012)

O. Pallandt & W. Wiedenkauff, 'Kommentar zum § 613a BGB', in: O. Pallandt, P. Bassenge & G. Brudermüller e.a., *Bürgerliches Gesetzbuch*, München: Beck 2012, p. 920-927

Palmaers & Gubbels (2008)

G. Palmaers & A. Gubbels, 'De grensoverschrijdende fusie', *Tijdschrift Financieel recht* (België), 2008/4, p. 251-282

Pannier (2005)

M. Pannier, 'The EU Cross Border Merger Directive - A new dimension for employee participation and company restructuring', *EBLR* 2005/6, p. 1424-1442

Parrein (2010)

F. Parrein, 'De wet van 8 juni 2008 en de grensoverschrijdende fusie', *RW* 2010/11, 8, p.306-320

Peeters (2002)

L. Peters, 'Inleiding. Stakeholder synergie: een actueel thema', in: L. Peeters, P. Matthyssens & L. Vereeck (red.), *Stakeholder synergie, Vlaams 25^e Wetenschappelijk Economisch Congres*, Leuven: Garant 2002, p. 15-25

Van Peijpe (2011)

T. van Peijpe, 'EU en de ruimte voor een nationaal werknemersbegrip', *TRA* 2011/34, p. 5-12

Peters (2012)

J. Peters, 'Articulatie en concordantie tussen de nationale en de Europese ondernemingsraad: a matter of 'timing'', in: F. Dorssemont, P. Kerckhofs (red.), *De omzetting van de Herschikkingsrichtlijn 2009/38 Europese ondernemingsraden naar Belgisch recht*, Brugge: Die Keure 2012, p. 63-83

Peters (2006)

S.S.M. Peters, *Verdund sociaal recht. Onderscheid naar ondernemingsomvang bij medezeggenschap, ziekte en ontslag* (diss. RU), Deventer: Kluwer 2006

Peters & Franssen (2010)

S.S.M. Peters & E.J.A. Franssen, 'Vakantierechten van zieke werknemers na Schultz-Hoff: wie betaalt de Europese rekening', *TRA* 2010/22, p. 5-11

Polley (2011)

N. Polley, 'Kommentar zum §§ 122a-122i Umwandlungsgesetz', in: M. Henssler & L. Strohn (red.), *Gesellschaftsrecht*, München: Beck 2011, p. 2356-2401

De Poorter (2010)

I. de Poorter, 'Commentaar bij artikel 130 W.Venn.', in: *Vennootschappen en verenigingen. Artikelgewijs commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen: Kluwer (datum verschilt)

Portengen & Kelkensberg (2006)

H.J. Portengen & L. Kelkensberg, 'Grensoverschrijdende fusies na het SEVIC-arrest', *V&O* 2006/3, p. 42-46

Preis (2009)

U. Preis, 'Kommentar zum §§ 1- 5 Betriebsverfassungsgesetz', in: O. Wlotzke, U. Preis & B. Kreft, *Betriebsverfassungsgesetz*, München: Beck 2009, p. 1-68

Pringot (2005)

S. Pringot, 'De Europese vennootschap: de toepasselijke rechtsregels of de intrede van het nationaal vennootschapsrecht op de Europese scene', *TBH* 2005/4, p. 356

Raaijmakers (1998)

G.T.M.J. Raaijmakers, 'De werkingssfeer van de structuurregeling', in: M. Brink (red.), *Toepassing en toekomst van de structuurregeling*, Kluwer: Deventer 1998, p. 7-56

Raaijmakers (2004)

G.T.M.J. Raaijmakers, 'Communicatie tussen beursondernemingen en aandeelhouders in en buiten de AVA', *TvOB* 2004/1, p. 3-10

Raiser & Veil (2009)

T. Raiser & R. Veil, *Mitbestimmungsgesetz und Drittelbeteiligungsgesetz* (Kommentar), Berlin: De Gruyter 2009

Rammoloo (2003)

S.F.G. Rammeloo, 'Vrije verkeer van rechtspersonen in Europa na HvJ EG Überseering. IPR-zetelleercontroverse beslecht?', *NIPR* 2003/2, p. 134-144

Rammeloo (2009a)

S.F.G. Rammeloo, 'Vrij verkeer van rechtspersonen in Europa: een stap achterwaarts?', *TvOB* 2009/3, p. 67-73

Rammeloo (2009b)

S.F.G. Rammeloo, 'Vrij verkeer van rechtspersonen in Europa. Luxemburg *locuta, causa non finite?*', *NIPR* 2009/3, p. 286-294

Rammeloo (2011)

S.F.G. Rammeloo, 'Vrij verkeer van vennootschappen in de EU - Een rechtsvergelijkende exercitie van nationaalrechtelijke ontwikkelingen. State of the art anno 2010', *Ondernemingsrecht* 2011/9, p. 39-44

Rayer & Van Leeuwen-Scheltema (2011)

C.W.G. Rayer & M. van Leeuwen-Scheltema, 'De cao en de gedelegeerde rol van de ondernemingsraad', in: A.Ph.C.M. Jaspers & M.F. Baltussen (red.), *De toekomst van het cao-recht* (reeks Vereniging voor Arbeidsrecht), Deventer: Kluwer 2011

Redeke (2008)

J. Redeke, 'Zur Unternehmensmitbestimmung auf der Ebene von Konzernzwischenengesellschaften', *BB* 2008/44, p. 2408-2411

Roelofs (2010)

E.R. Roelofs, 'Shelf SEs and Employee Participation', *ECL* 2010/3, p. 120-127

Roelofs (2012)

E.R. Roelofs, 'Het Vale-arrest: een nieuwe stap op het gebied van grensoverschrijdende omzetting', *WPNR* 2012/6950, p. 792-798

Roetert Steenbruggen (2009)

N.M. Roetert Steenbruggen, *De Europese BV. Een rechtsvergelijkende studie naar de Societas Privata Europaea, de Societas Europaea en de Flex-BW*, Tilburg: Celsus 2009

Roest (1996)

J. Roest, *Medezeggenschap van werknemers bij financieel economische besluiten* (diss. RU), Deventer: Kluwer 1996

Roest (2005)

J. Roest, 'Medezeggenschap' van werknemers', in: Koppenol-Laforce, Bartman & König (red.), *De Europese vennootschap (SE) in de praktijk*, Kluwer: Deventer 2005, p. 135-166

Roest (2007)

J. Roest, 'Grensoverschrijdende fusie en vennootschapsrechtelijke medezeggenschap', *WPNR* 2007/6721, p. 708-714

Rood (1995)

M.G. Rood, 'Over toerekenen en de wor', *TVVS* 1995, p. 261-265

Rood & Verburg (2013)

M.G. Rood & L.G. Verburg, *Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2013

Roos (1991)

P. Roos, 'Zorgvuldige voorbereiding van besluitvorming als algemeen beginsel van behoorlijk ondernemingsbestuur: het PUEM arrest', *Ars Aequi* 1991/10, p. 93-101

Roth (2003)

W-H Roth, 'From Centros to Überseering: free movement of companies, private international law, and Community law', *International & Comparative Law Quarterly* 2003/52 (1), p. 177-208

Sanders (1959)

P. Sanders, *Naar een Europese N.V.?* (oratie Rotterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1959

Van Schilfgaarde & Winter (2009)

P. van Schilfgaarde & J. Winter, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2009

Schindler (2006)

C.P. Schindler, 'Cross-Border Mergers in Europe - Company Law is catching up!', *ECFR*, 2006/1, p. 109-119

Schöne (1995)

T. Schöne, 'Die Klagefrist des § 14 Abs. 1 UmwG: Teils Rechtsfortschritt, teils "Aufforderung" zu sanktionslosen Geheimbeschlüssen?', *DB* 1995/26, p. 1317-1321

Schoonbrood & Bosveld (2006)

J.D.M. Schoonbrood & R. Bosveld, 'Richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen definitief en in werking getreden', *Ondernemingsrecht* 2006/5, p. 19-26

Schoonbrood & Klein Bronvoort (2011)

J.D.M. Schoonbrood & T.J.C. Klein Bronvoort, 'Lekken in het verzwakte structuurregime bij drinkwaterbedrijven en vennootschappen met een one tier board?', *Ondernemingsrecht* 2011/115, p. 565-570

Schubert (2007)

C. Schubert, 'Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitende Verschmelzung', *RdA* 2007/1, p. 9-17

Schubert (2008)

C. Schubert, 'The National Implementation of Employee Participation in the Administrative Board of the SE in the One-tier Model – A legal comparison on the Basis of Germany, Austria, Sweden, and France', *ECFR* 2008, 4, p. 422-452

Schubert (2009)

C. Schubert, 'Die Bestellung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichts- und Verwaltungsorgan bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen', *ZIP* 2009/17, p. 7 19-799

Schut (1971)

G.H.A. Schut, 'Het wonder van Den Haag', in: S. Faber, W.F. de Gaay Fortman & E.J.H. Schrage (red.), *Uit het Recht, rechtsgeleerde opstellen aangeboden aan P.J. Verdam*, Kluwer: Deventer 1971, p. 307-319

Schutte-Veenstra (2006)

J.N. Schutte-Veenstra, 'Inschrijving van grensoverschrijdende fusies bij het handelsregister', *Ondernemingsrecht* 2006/143, p. 439-441

Schutte-Veenstra (2009a)

J.N. Schutte-Veenstra, 'Noot bij het Cartesio-arrest', *Ondernemingsrecht* 2009/25, p. 105-111

Schutte-Veenstra (2009b)

J.N. Schutte-Veenstra, 'De implicaties van het Cartesio-arrest voor het vestigingsrecht van vennootschappen', *MBB* 2009/9, p. 301-310

Schutte-Veenstra (2010)

J.N. Schutte-Veenstra, 'Grensoverschrijdende fusie: rechtsvormen, voorwaarden en toepasselijk recht', *Ondernemingsrecht* 2010/86, p. 413-424

Schutte-Veenstra (2012)

J.N. Schutte-Veenstra, 'Grensoverschrijdende omzetting en de vrijheid van vestiging ex art. 49 en 54 VWEU', *Ondernemingsrecht* 2012/111, p. 593-597

Schutte-Veenstra & Verbrugh (2011)

J.N. Schutte-Veenstra & M.A. Verbrugh, 'De SE: pro's en con's', *Ondernemingsrecht* 2011/5, p. 23-27

Seibt (2012)

C.H. Seibt, 'Kommentar zum §§ 1-15 DrittelbG', in: M. Henssler, J.J. Willemsen & H.-J. Kalb, *Arbeitsrecht Kommentar*, Köln: Otto Schmidt 2012, p. 739-781

Seinstra (2008)

M.M. Seinstra, 'Het dualistische en het monistische bestuursmodel: een vergelijking', *O&F* 2008/4, p. 57-75

Simon & Hinrichs (2008)

S. Simon & L. Hinrichs, 'Unterrichtung der Arbeitnehmer und ihrer Vertretungen bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen', *NZA* 2008/7, p. 391-397

Simonis (2007)

P.H.M. Simonis, 'Grensoverschrijdende juridische fusie, fiscale aspecten', *TFO* 2007/126

Slagter (1976)

W.J. Slagter, 'Eigendom en privaatrecht', *RM Themis* 1976, 3/4, p. 276-315

Slagter (1994)

W.J. Slagter, 'De Europese Ondernemingsraad', *TVVS* 1994, 8, p. 202-206

Slomp & Van Mierlo (1984)

H. Slomp & T. van Mierlo, *Arbeidsverhoudingen in België*, Utrecht/Antwerpen: Het Spectrum 1984

Slot (1996)

P.J. Slot, 'Harmonisation', *ELR* 1996, 21, p. 378-397

Snijders (1991)

W. Snijders, 'De toekomst van het eigendom', in: B.W.M. Nieskens-Isphording e.a. (red.), *In het nu, wat worden zal* (Schoordijk-bundel), Deventer: Kluwer 1991, p. 249-265

Van Solinge (1984)

G. van Solinge, 'Regeling van de fusie van verenigingen en van stichtingen', *De NV* 62/4, juli/augustus 1984, p. 139-144

Van Solinge (1994)

G. van Solinge, *Grensoverschrijdende juridische fusie* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1994

Van Solinge (2003)

G. van Solinge, 'Naar een soepeler fusierecht', in: L. Timmerman, P. van Schilfgaarde e.a., *Nederlands Ondernemingsrecht in Grensoverschrijdend Perspectief*, Deventer: Kluwer 2003

Sprengers (2011)

L.C.J. Sprengers, 'Vereenzelvigen met Duk', in: S.F. Sagel (red.), *Vrienden door Duk en Dun* (Duk-bundel), Deventer: Kluwer 2011, p. 89-102

Steinberg (2005)

M. Steinberg, *Mitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft Die Richtlinie 2001/86/EG zur Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE*, Hamburg: Kovac 2005

Steyaert, Dorssemong, De Ganck & De Gols (2009)

J. Steyaert, F. Dorssemong, C. de Ganck & M. de Gols, *Paritair overleg in de onderneming*, Mechelen: Kluwer 2009

Storm (2006)

P.M. Storm, 'Cross-border mergers, the Rule of Reason and Employee Participation', *ECL* 2006, 3, 3, p. 130-138

Storm (2009)

P.M. Storm, 'Cartesio: stapjes in de processie van Echternach', *Ondernemingsrecht* 2009/79, p. 328-337

Strik (2012)

D.A.M.H.W. Strik, 'One tier board en aansprakelijkheid', *Ondernemingsrecht* 2012/91, p. 496-500

Teichmann (2007)

C. Teichmann, 'Mitbestimmung und grenzüberschreitende Verschmelzung', *Der Konzern* 2007/2, p. 89-98

Teichmann (2010)

C. Teichmann, 'Modernizing the GmbH: Germany's move in regulatory competition', *ECL* 2010/1, p. 20-24

Tilleman (2005)

B. Tilleman, *Bestuur van vennootschappen*, Brugge: Die Keure (2005)

Timmermans (1982)

C.W.A. Timmermans, 'Medezeggenschap en structuur van de nv (Vijfde EEG Richtlijn): advies Europees Parlement en reactie van de Europese Commissie', *TVVS* 1982/11, p. 279-280

Timmermans (1984)

C.W.A. Timmermans, 'Gewijzigd voorstel Vijfde EEG-Richtlijn vennootschapsrecht', *TVVS* 1984/1, p. 14-15

Timmerman (1988)

L. Timmerman, *Over multinationale ondernemingen en medezeggenschap van werknemers* (diss. RUG), Deventer: Kluwer 1988

Timmerman (2001)

L. Timmerman, 'De medezeggenschap van de Europese vennootschap: een eerste verkenning vanuit Nederlands gezichtspunt', *Ondernemingsrecht* 2001/7, p. 199-201

Tonner, Willingsmann & Tamm (2010)

K. Tonner, A. Willingsmann & M. Tamm, *Vertragsrecht Kommentar*, Köln: Luchterhand 2010

Ulmer (1991)

P. Ulmer, 'Zur Berechnung der für die Anwendung des MitbestG auf Kapitalgesellschaften maßgebenden Arbeitnehmerzahl', in: F. Kübler (red.), *Festschrift für Theodor Heinsius zum 65. Geburtstag*, New York: De Gruyter 1991, p. 855-873

Ulmer & Habersack (2013)

P. Ulmer & M. Habersack, 'Kommentar zum §§ 1-6, §§ 30-32, § 37 MitbestG', in: P. Ulmer, M. Habersack & M. Henssler (red.), *Mitbestimmungsrecht. Kommentierung des MitbestG, der DrittelbG, des SEBG und des MgVG*, München: Beck 2013, p. 57-90, 565-614 en 640-651

Van Veen (2006)

W.J.M. van Veen, 'Hof van Justitie EG over vestigingsvrijheid en grensoverschrijdende fusie; de fusierichtlijn vóór invoering achterhaald?', *WPNR* 2006/6657, p. 181-184

Van Veen (2007)

W.J.M. van Veen, 'Het wetsvoorstel grensoverschrijdende fusies', *TvOB* 2007/3, p. 71-85

Van Veen (2009)

W.J.M. van Veen, 'Europeesrechtelijke perikelen. Nu ook grensoverschrijdende zetelverplaatsing ... dankzij het Europees Hof van Justitie', *TvOB* 2009/1, p. 1-6

Van Veen (2010)

W.J.M. van Veen, 'Grensoverschrijdende omzetting volgens het Cartesio-arrest (II, slot)', *WPNR* 2010/6841, p. 352-355

Van Veen (2012)

W.J.M. van Veen (red.), *De Europese naamloze vennootschap (SE). Een nieuwe rechtsvorm in het Nederlandse recht*, Deventer: Kluwer 2012

Van Veen (2012)

W.J.M. van Veen, "Opgericht" naar het recht van een lidstaat. Over de vestigingsvrijheid door vennootschappen die zijn opgericht buiten de EER, onder meer in relatie tot art. 2:333c BW', in: F. Ibili, M.E. Koppenol-Laforce & M. Zilinsky (red.), *IPR in de spiegel van Paul Vlas*, Deventer: Kluwer 2012, p. 229-238

Van Veen (2013)

W.J.M. van Veen, 'Grensoverschrijdende omzetting, -fusie en -splitsing na het VALE-arrest', *WPNR* 2013/6981, p. 512-525

Verbrugh (2009)

M.A. Verbrugh, 'Cartesio: baanbrekend of wegbereidend', *SEW* 2009/175, p. 419-428

Verbrugh (2013)

M.A. Verbrugh, 'Grensoverschrijdende omzetting na het Vale-arrest en de positie van werknemers', *TAO* 2013/1, p. 23-31

Verburg (2001)

L.G. Verburg, 'De OK, de medezeggenschap en het jaar 2000', *ArbeidsRecht* 2001/22, p. 25-33

Verburg (2007a)

L.G. Verburg, *Het territoire van de (Nederlandse) ondernemingsraad in het internationale bedrijfsleven* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2007

Verburg (2007b)

L.G. Verburg, 'De Europese Ondernemingsraad: driemaal in de rechtszaal gesignaleerd', *ArA* 2007/2, p. 84-101

Verburg (2009)

L.G. Verburg, 'De herschikking van de EOR-Richtlijn', *TRA* 2009/43, p. 5-10

Verburg (2011)

L.G. Verburg, 'De Ondernemingskamer, de medezeggenschap en de periode 2009 tot en met 2011', *Arbeidsrecht* 2011/8, p. 14-22

Verburg (2012)

L.G. Verburg, 'Onderneming en aandeelhouders: de positie van de ondernemingsraad', in: P.J. van der Korst, R. Abma & G.T.M.J. Raaijmakers, *Handboek onderneming en aandeelhouder*, Deventer: Kluwer 2012, p. 113-139

Verburg (2013)

L.G. Verburg, 'De raadpleging van de ondernemingsraad en vakorganisaties', in: L.G. Verburg & W.A. Zondag (red.), *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, Deventer: Kluwer 2013, p. 1-28

Verweij (2002)

J.H.A. Verweij, 'Enkele haken en ogen bij een juridische fusie van stichtingen', *V&O* 2002/9, p. 157-159

Vink & Van het Kaar (2013)

F.W.H. Vink & R.H. van het Kaar, *Inzicht in de ondernemingsraad*, Den Haag: Sdu 2013

Vlas (2009)

P. Vlas, *Rechtspersonen* (Praktijkreeks IPR), Deventer: Kluwer 2009

Vlas (2009)

P. Vlas, 'Is een grensoverschrijdende juridische fusie altijd een grensoverschrijdende juridische fusie?', *WPNR* 2009/6797, p. 377-378

De Waele & Kieft (2010)

H. de Waele & I. Kieft, 'De doorwerking van richtlijnen en algemene beginselen van EU-recht. De stand van zaken na het arrest Kucuckdeveci', *NtEr* 2010/5, p. 170-178

Watson (2009)

P. Watson, *EU Social and employment law*, Oxford: University Press 2009

Weidemann (2006)

C. Weidemann, 'Solange II hoch 3? Inzidentkontrolle innerstaatlicher Normen', *NVwZ* 2006/ 6, p. 623-629

Weiss (2004)

G.A. Weiss, 'Mitbestimmung im Konzern - Zur praxisgerechten Anwendung und Reform des § 32 MitbestG', *Konzern* 2004/9, p. 590-607

Wezeman (2009)

J.B. Wezeman, 'Persoonlijke aansprakelijkheid van uitvoerend en niet-uitvoerende bestuurders', in: M.J. Kroeze, E.M.H. Hirsch Ballin & A.H.G. Kan e.a. (red.), *Bestuur en toezicht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 93-108

Wiesner (2005)

P.M. Wiesner, 'Die grenzüberschreitende Verschmelzung und der neue Mitbestimmungskompromiss', *Der Betrieb* 2005/2, p. 91-94

Wilhelm (2009)

J. Wilhelm, *Kapitalgesellschaftsrecht*, Berlin: De Gruyter 2009

Willems (2011)

J.H.M. Willems, 'Hoofdelijkheid en vertegenwoordiging in het medezeggenschapsrecht', in: S.F. Sagel (red.), *Vrienden door Duk en Dun* (Duk-bundel), Deventer: Kluwer 2011, p. 103-117

Willems (2013)

J.H.M. Willems, 'Expert aan het woord: reactie op stellingen inzake het spreekrecht', *TAO* 2013/1, p. 20-22

Winter (2001)

J.W. Winter, 'De Europese vennootschap: besturen en toezicht houden in rangen en standen', *Ondernemingsrecht* 2001/7, p. 195-199

Winter (2008)

M. Winter, 'Grenzüberschreitende Verschmelzungen – ein Update', *GmbHHR* 2008, p. 532-536

Witteveen (2004)

P.A.M. Witteveen, 'De Europese vennootschap en de rol van werknemers' in: H.J. Kluiver, S.H.M.A. Dumoulin & P.A.M. Witteveen e.a. (red.), *De Europese vennootschap, preadvies van de vereniging 'handelsrecht'*, Rotterdam: Kluwer 2004

Witteveen (2008)

P.A.M. Witteveen, 'De SER, de medezeggenschap en evenwichtig ondernemingsbestuur', *Ondernemingsrecht* 2008/64, p. 220-225

Witteveen (2009)

P.A.M. Witteveen, 'Medezeggenschap en Europese rechtsvormen', *Ondernemingsrecht* 2009/32, p. 122-130

Wooldridge (2007)

F. Wooldridge, 'The employee participation provisions of the cross-border mergers Directive', *Company Lawyer* 2007/28, p. 118-119

Wouters (1998)

J. Wouters, 'Europees vennootschapsrecht: quo vadis?', in: F. Bouckaert, M. Deneef & K. Geens (red.), *Knelpunten van dertig jaar vennootschapsrecht*, Kalmthout: Jan Ronse Instituut 1998, p. 313-358

Wouters (2000)

J. Wouters, 'Europees vestigingsrecht van vennootschappen en internationaal privaatrecht', *NIPR* 2000/3, p. 259-272

De Wulf (2002)

H. de Wulf, *Taak en loyaliteitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap* (diss.), Antwerpen: Intersentia 2002

De Wulf (2003a)

H. de Wulf, 'De wet Corporate Governance en het bestuur: directiecomité en intragroepsverrichtingen', in: M. Tison, C. van Acker & J. Cerfontaine (red.), *Financiële regulering: op zoek naar nieuwe evenwichten* (volume 1), Antwerpen: Intersentia 2003, p. 197-258

De Wulf (2003b)

H. de Wulf, 'Commentaar bij artikel 524 W.Venn.', in: *Vennootschappen en verenigingen. Artikelgewijs commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen: Kluwer (datum verschilt)

Wyckaert & Geens (2009)

M. Wyckaert & K. Geens, '200 jaar ervaring met het Belgische monistische model; wat te nemen, wat te laten' in: M.J. Kroeze .J. Kroeze, E.M.H. Hirsch Ballin & A.H.G. Kan e.a. (red.), *Bestuur en Toezicht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 65-92

Wyckaert & Geens (2010)

M. Wyckaert & K. Geens, 'Het gebruik van het facultatief duaal systeem in Belgische beursgenoteerde vennootschappen: enkele facts and figures', *TVR* 2010, p. 527-538

Zaal (2009)

I. Zaal, 'Spreekrecht voor de ondernemingsraad', *TRA* 2009/17, p. 24-26

Zaal (2010)

I. Zaal, 'Medezeggenschap na overgang van onderneming: behoud van eenheid is geen synoniem van identiteitsbehoud', *ArA* 2010/3, p. 74-88

Zaman (2007)

D.F.M.M. Zaman, 'Grensoverschrijdende fusie: enige juridische aspecten', *TFO* 2007/119, p. 119-125

Zaman, Donkers & Simonis (2003)

D.F.M.M. Zaman, L.H. Donkers & P.H.M. Simonis, *Juridische fusie en splitsing van NV's en BV's. Civiel- en fiscaalrechtelijke aspecten* (Serie fiscale geschriften), Amersfoort: Sdu 2003

Zaman, Van Eck & Roelofs (2009)

D.F.M.M. Zaman, G.C. van Eck & E.R. Roelofs, *Nationale en grensoverschrijdende juridische fusie & juridische splitsing van kapitaalvennootschappen, een praktische civielrechtelijke analyse*, Den Haag: Sdu 2009

JURISPRUDENTIEREGISTER

Hof van Justitie EG/EU

HvJ EG 27 maart 1963, nr. C-28-30/62 (<i>Da Costa</i>)	5.3
HvJ EG 4 december 1974, nr. C-41/74 (<i>Van Duyn</i>)	5.3
HvJ EG 5 oktober 1977, nr. C-5/77 (<i>Tedeschi</i>)	3.14; 7.4
HvJ EG 20 februari 1979, nr. C-120/78 (<i>Cassis de Dijon</i>)	2.8.1; 5.4.4.4
HvJ EG 5 april 1979, nr. C-148/78 (<i>Ratti</i>)	5.3
HvJ EG 29 oktober 1980, nr. C-22/80 (<i>Boussac</i>)	5.4.4.4
HvJ EG 6 oktober 1982, nr. C-283/81 (<i>Cilfit</i>)	5.3
HvJ EG 18 januari 1984, nr. C-327/82 (<i>Ekro</i>)	3.4.2
HvJ EG 26 februari 1986, nr. C-152/84 (<i>Marshall</i>)	5.3
HvJ EG 8 oktober 1987, nr. C-80/86 (<i>Kolpinghuis Nijmegen</i>)	5.3
HvJ EG 22 oktober 1987, nr. C-315/85 (<i>Foto-Frost</i>)	5.3
HvJ EG 27 september 1988, nr. C-81/87 (<i>Daily Mail</i>)	2.8.2; 3.3.3
HvJ EG 11 mei 1989, nr. C-46/88	2.4.1
HvJ EG 22 juni 1989, nr. C-103/88 (<i>Fratelli Costanzo</i>)	5.3
HvJ EG 8 mei 1990, nr. C-175/88 (<i>Biehl</i>)	5.4.4.4
HvJ EG 12 juli 1990, nr. C-188/89, NJ 1992/762 (<i>Foster</i>)	5.3
HvJ EG 13 november 1990, nr. C-106/89, NJ 1993/163 (<i>Marleasing</i>)	5.3
HvJ EG 19 november 1991, samengevoegde zaken nrs. C-6/90 en C-9/90, NJ 1994/2 (<i>Francovich</i>)	5.3
HvJ EG 17 maart 1993, nr. C-155/91 (<i>Commissie/Raad</i>)	3.3.1
HvJ EG 14 juli 1994, nr. C-91/92, NJ 1995/321 (<i>Faccini Dori</i>)	5.3
HvJ EG 30 november 1995, nr. C-55/94, NJ 1997/35 (<i>Gebhard</i>)	2.8.2; 3.14
HvJ EG 5 maart 1996, samengevoegde zaken nrs. C-46/93 en C-48/93, NJ 1997/145 (<i>Brasserie du Pêcheur</i>)	5.3
HvJ EG 12 maart 1996, nr. C-441/93 (<i>Pafitis</i>)	5.6.2
HvJ EG 26 september 1996, nr. C-168/95, NJ 1997/506 (<i>Arcaro</i>)	5.3
HvJ EG 2 oktober 1997, nr. C-122/96, NJ 1998/825 (<i>Saldanha</i>)	5.4.4.4
HvJ EG 4 december 1997, nr. C-97/96 (<i>Daihatsu</i>)	3.3.1
HvJ EG 18 december 1997, nr. C-309/96 (<i>Annibaldi</i>)	5.4.4.4
HvJ EG 12 mei 1998, nr. C-367/96, NJ 1999/239 (<i>Kefalas</i>)	6.3.6
HvJ EG 23 februari 1999, nr. C-42/97 (<i>Parlement/Raad</i>)	3.3.1
HvJ EG 9 maart 1999, nr. C-212/97 (<i>Centros</i>)	2.8.1; 6.3.6

HvJ EG 3 december 1999, nr. C-268/94 (<i>Portugal/Raad</i>)	3.3.1
HvJ EG 18 mei 2000, nr. C-301/98 (<i>KVS International</i>)	3.4.2
HvJ EG 14 september 2000, nr. C-343/98, <i>JAR</i> 2000/225 (<i>Collino en Chiappero</i>)	7.5.1.2
HvJ EG 19 september 2000, nr. C- 287/98 (<i>Linister</i>)	3.4.2
HvJ EG 14 december 2000, nr. C-110/99 (<i>Emsland-Stärke</i>)	6.3.6
HvJ EG 5 november 2002, nr. C-208/00, <i>NJ</i> 2003/58, <i>JOR</i> 2003/4 (<i>Überseering</i>)	2.8.1; 3.3.4; 3.12; 5.6.4.1
HvJ EG 30 september 2003, nr. C-167/03, <i>NJ</i> 2004/394 m.nt. Vlas, <i>JOR</i> 2003/249 m.nt. Vossestein (<i>Inspire Art Ltd.</i>)	2.8.1; 5.5.4.1; 5.6.4.1
HvJ EG 7 januari 2004, nr. C-60/02 (<i>Rolex</i>)	5.3
HvJ EG 13 januari 2004, nr. C-440/00, <i>JAR</i> 2004/53, <i>JOR</i> 2004/34 m.nt. Vossestein, <i>ROR</i> 2004, 20 (<i>Kühne/Nagel</i>)	2.5.3
HvJ EG 15 juli 2004, nr. C-349/01, <i>JAR</i> 2004/191, <i>JOR</i> 2004/267 m.nt. Vossestein, <i>ROR</i> 2004, 31 (<i>ADS/Anker</i>)	2.5.3
HvJ EG 5 oktober 2004, gevoegde zaken nrs. C- 397/01 tot C-402/01, <i>NJ</i> 2005/333, <i>JAR</i> 2004/261 (<i>Pfeiffer</i>)	5.3
HvJ EG 27 januari 2005, nr. C-188/03, <i>NJ</i> 2005/389, <i>JAR</i> 2005/52 (<i>Junk/Kühnel</i>)	2.6.2
HvJEG 3 mei 2005, gevoegde zaken C-387/02, C-391/02 en C-403/02, <i>NJ</i> 2006/2 m.nt. Mok (<i>Berlusconi</i>)	5.3
HvJ EG 16 juni 2005, nr. C-105/03, <i>NJ</i> 2006/500 (<i>Pupino</i>)	5.3
HvJ EG 22 november 2005, nr. C-144/04, <i>NJ</i> 2006/227, <i>JAR</i> 2005/289 (<i>Mangold</i>)	5.3; 6.3.3; 6.3.6
HvJ EG 13 december 2005, nr. C-411/03, <i>JOR</i> 2006/33 (<i>SEVIC Systems AG</i>)	2.8.1; 2.8.2; 3.12
HvJ EG 4 juli 2006, nr. C-212/04, <i>NJ</i> 2006/593, <i>JAR</i> 2006/175 m.nt. Verhulp (<i>Adeneler</i>)	5.3
HvJ EG 6 juli 2006, nr. C-53/05 (<i>Commissie/Portugal</i>)	3.4.2
HvJ EG 7 september 2006, nr. C-108/04 (<i>Vassallo</i>)	5.3
HvJ EG 11 december 2007, nr. C-438/05, <i>NJ</i> 2008/149, <i>JAR</i> 2008/20 (<i>International Transport Workers Federation/Viking Line ABP</i>)	7.4
HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06, <i>NJ</i> 2009/202, <i>JOR</i> 2009/35 m.nt. Vossestein (<i>Cartesio</i>)	2.8.1; 2.8.2; 3.3.4
HvJEG 23 april 2009, nrs. C-378/07 t/m C-280/07, <i>JAR</i> 2009/148 (<i>Angelidaki</i>)	5.3
HvJ EG 16 juli 2009, nr. C-12/08, <i>JAR</i> 2009/235 (<i>Mona Car/Odemis e.a.</i>)	2.3

HvJ EU 3 december 2009, nr. C-466/07, <i>JAR</i> 2009/92 (<i>Klarenberg/Ferrottron Technologies</i>)	3.4.2
HvJ EU 19 januari 2010, nr. C-555/07, <i>NJ</i> 2010/256, <i>JAR</i> 2010/53 (<i>Küçükdeveci</i>)	5.3; 6.3.3; 6.3.6
HvJ EU 11 februari 2010, nr. C-405/08, <i>JAR</i> 2010/73 (<i>Holst/ Babcock & Wilcox Vølund ApS</i>)	5.6.1
HvJ EU 29 juli 2010, nr. C-151/09, <i>JAR</i> 2010/217 (<i>UGT-FSP</i>)	7.5.1.1
HvJ EU 14 oktober 2010, nr. C-243/09, <i>JAR</i> 2010/297 (<i>Günter Fuß</i>)	2.3
HvJ EU 21 oktober 2010, nr. C-242/09, <i>NJ</i> 2010/576, <i>JAR</i> 2010/298 (<i>Albron Catering BV/ FNV Bondgenoten & John Roest</i>)	1.8.2; 3.4.2; 6.2.6.1; 7.5.2.1
HvJ EU 12 juli 2012, nr. C-378/10, <i>NJ</i> 2012/581, <i>JOR</i> 2012/285 (<i>Vale Épitési</i>)	2.8.2
HvJ EU 20 juni 2013, nr. C-635/11, <i>JAR</i> 2013/199 m.nt. Kanen (<i>Commissie/Nederland</i>)	5.4.4.4
Hoge Raad	
HR 7 juli 1982, <i>ROR</i> 1971-1984, nr. 84 (<i>Enka</i>)	7.2.2
HR 11 juli 1984, <i>NJ</i> 1985/212 m.nt. Ma (<i>Howson Algraphy</i>)	7.2.3.6
HR 3 december 1993, <i>NJ</i> 1994/375 (<i>Staat/Medezeggenschapsraad Van Hall Instituut</i>)	4.2.4.2
HR 26 januari 1994, <i>NJ</i> 1994/545, <i>JAR</i> 1994/32 (<i>Heuga</i>)	4.2.3.1; 7.2.3.1
HR 7 oktober 1998, <i>NJ</i> 1999/778, <i>JAR</i> 1998/251, <i>ROR</i> 2000, 4 (<i>NS Reizigers</i>)	7.2.2; 7.2.3.4; 7.2.3.8
HR 26 januari 2000, <i>NJ</i> 2000/223 m.nt. Ma, <i>JAR</i> 2000/30, <i>JOR</i> 2000/55 m.nt. Van het Kaar (<i>Gemeentelijke herindeling</i>)	7.2.3.6; 7.2.3.7
HR 26 januari 2000, <i>NJ</i> 2000/224, <i>JAR</i> 2000/46, <i>ROR</i> 2000, 24 (<i>Waterschap Polderdistrict Betuwe</i>)	7.2.3.6; 7.2.3.7
HR 26 januari 2000, <i>NJ</i> 2000/233 m.nt. Ma	7.2.3.5
HR 21 december 2001, <i>NJ</i> 2005/96, <i>JOR</i> 2002/38 (<i>Sobi/Hurks</i>)	7.2.3.6
HR 29 november 2002, <i>NJ</i> 2003/455, <i>JOR</i> 2003/2 m.nt. Bartman (<i>Schwandt/Berghuizer Papierfabriek</i>)	4.2.2.2
HR 14 september 2007, <i>NJ</i> 2007/612, <i>JOR</i> 2007/239 m.nt. Bartman (<i>Versatel III</i>)	4.2.3.2 6.3.5.2
HR 14 maart 2008, <i>NJ</i> 2008/167, <i>JOR</i> 2008/94 m.nt. Holtzer (<i>COR TNT-TNT</i>)	7.2.2
HR 3 februari 2012, <i>JAR</i> 2012/71, <i>ARO</i> 2012, 23 (<i>VLM I</i>)	7.2.3.1; 7.2.3.6

HR 5 april 2013, *JAR* 2013/125 m.nt. Beltzer
 (*Albron Nederland BV/FNV Bondgenoten & John Roest*) 1.8.2

Ondernemingskamer

Hof Amsterdam (OK) 21 augustus 1980, *NJ* 1980/578
 (*Stichting Pensioenfonds I*) 7.2.3.10

Hof Amsterdam (OK) 13 november 1980, *NJ* 1981/588
 m.nt. Ma (*Stichting Pensioenfonds II*) 7.2.3.4

Hof Amsterdam (OK) 21 januari 1982, *NJ* 1983/31 m.nt. Ma 7.2.3.4

Hof Amsterdam (OK) 17 november 1983, *NJ* 1984/742 m.nt.
 Ma (*Stichting X*) 7.2.3.1

Hof Amsterdam (OK) 5 april 1984, *NJ* 1985/501 m.nt. Ma 7.2.3.9

Hof Amsterdam (OK) 30 augustus 1984, *NJ* 1985/475 m.nt. Ma (*Amfas*) 7.2.3.4

Hof Amsterdam (OK) 29 augustus 1985, *NJ* 1986/578 (*Howson Algraphy*) 7.2.3.4

Hof Amsterdam (OK) 16 oktober 1986, *NJ* 1988/331 m.nt. Ma (*ZAO*) 7.2.3.1

Hof Amsterdam (OK) 2 april 1987, *NJ* 1988/382 m.nt. Ma,
ROR 1987, 25 m.nt. Van der Heijden (*Shell Research*) 7.2.3.6; 7.2.3.7

Hof Amsterdam (OK) 10 december 1987, *ROR* 1987, 33
 (*GOR Licht van Philips*) 7.2.3.8

Hof Amsterdam (OK) 21 april 1988, *NJ* 1989/310 7.2.3.8

Hof Amsterdam (OK) 27 juli 1989, *NJ* 1991/206, *ROR* 1989, 24 7.2.3.9

Hof Amsterdam (OK) 19 april 1990, *NJ* 1992/125 (*Campina*) 7.2.3.3

Hof Amsterdam (OK) 10 mei 1990, *NJ* 1992/126, *ROR* 1990, 20 (*HSA*) 7.2.2;
 7.2.3.7

Hof Amsterdam (OK) 22 november 1990, *ROR* 1990, 29
 (*Psychiatrisch Centrum Amsterdam Zuid/Nieuw West*) 7.2.3.8

Hof Amsterdam (OK) 21 maart 1991, *ROR* 1991, 7
 (*OR Robert Fleury Stichting*) 7.2.3.8

Hof Amsterdam (OK) 11 april 1991, *NJ* 1991/533 (*Regev*) 4.2.3.3

Hof Amsterdam (OK) 10 maart 1994, *NJ* 1995/374,
JAR 1994/74, *ROR* 1994, 18 (*Nering Bögel*) 7.2.3.4;
 7.2.3.6; 7.2.3.8; 7.2.3.9

Hof Amsterdam (OK) 23 oktober 1997, *NJ* 1998/612,
JAR 1997/244 (*Nedlin*) 7.2.3.4; 7.2.3.6;
 7.2.3.9

Hof Amsterdam (OK) 15 april 1999, *JAR* 1999/101,
JOR 2001/1 m.nt. Vonk, *ROR* 1999, 19 (*Noest Beheer*) 4.2.5.1; 7.2.3.8

Hof Amsterdam (OK) 16 maart 2000, <i>JAR</i> 2000/80, <i>JOR</i> 2000/122 (<i>Philips Lighting</i>)	7.2.3.4; 7.2.3.9
Hof Amsterdam (OK) 23 maart 2000, <i>JAR</i> 2000/81, <i>JOR</i> 2000/123 (<i>Verenigde Tankrederij</i>)	7.2.3.8; 7.2.3.9
Hof Amsterdam (OK) 11 januari 2001, <i>JOR</i> 2001/64 (<i>Verkade</i>)	7.2.3.9
Hof Amsterdam (OK) 12 maart 2002, <i>JOR</i> 2002/228 (<i>Rohm and Haas</i>)	7.2.3.8
Hof Amsterdam (OK) 13 juni 2002, <i>JAR</i> 2002/152, <i>JOR</i> 2002/162 (<i>Leaf</i>)	7.2.3.9
Hof Amsterdam (OK) 13 februari 2003, <i>JAR</i> 2003/164, <i>JOR</i> 2003/88 (<i>FNV Ledenservice I</i>)	7.2.3.6
Hof Amsterdam (OK) 12 december 2003, <i>JAR</i> 2004/26 m.nt. Beltzer (<i>BBA Personenvervoer</i>)	7.2.3.3; 7.2.3.8
Hof Amsterdam (OK) 30 december 2003, <i>JAR</i> 2004/45, <i>JOR</i> 2004/102 (<i>Intergas</i>)	7.2.3.1
Hof Amsterdam (OK) 1 april 2004, <i>JAR</i> 2004/110 (<i>Equant</i>)	7.5.2.1
Hof Amsterdam (OK) 15 april 2004, <i>JOR</i> 2004/165 (<i>VNU Publitec</i>)	7.2.3.6; 7.2.3.8
Hof Amsterdam (OK) 28 april 2004, <i>ARO</i> 2004/72 (<i>FNV Ledenservice II</i>)	7.2.3.6
Hof Amsterdam (OK) 20 juli 2005, <i>JAR</i> 2005/219 (<i>OR arbeidsinspectie - Nederlandse Staat</i>)	7.2.3.3
Hof Amsterdam (OK) 20 oktober 2005, <i>JAR</i> 2005/283, <i>ARO</i> 2005, 191 (<i>SSH</i>)	7.2.3.2; 7.2.3.9
Hof Amsterdam (OK) 7 december 2005, <i>JAR</i> 2006/29 (<i>Stichting MEE Zeeland</i>)	7.2.3.1
Hof Amsterdam (OK) 21 juli 2006, <i>JAR</i> 2006/225, <i>ARO</i> 2006, 141 (<i>Fresenius Hemocare Netherlands</i>)	7.3.2
Hof Amsterdam (OK) 17 januari 2007, <i>JOR</i> 2007/2 m.nt. Blanco Fernández (<i>Stork</i>)	4.2.4.2
Hof Amsterdam (OK) 12 oktober 2007, <i>JAR</i> 2007/300 (<i>J. van den Berg & Zoon Waddinxveen B.V.</i>)	7.2.3.3
Hof Amsterdam (OK) 4 februari 2010, <i>JAR</i> 2010/88 (<i>Stichting Wonen Welzijn Zorg</i>)	7.2.3.9
Hof Amsterdam (OK) 29 maart 2010, <i>JAR</i> 2011/38, <i>RO</i> 2011/19 (<i>Novio I</i>)	7.2.3.6; 7.2.3.7
Hof Amsterdam (OK) 21 april 2010, <i>JAR</i> 2010/120, <i>JOR</i> 2010/186 m.nt. Holtzer (<i>Maliebaan</i>)	7.2.3.8; 7.2.3.9
Hof Amsterdam (OK) 19 juli 2010, <i>JAR</i> 2010/213, <i>JOR</i> 2010/268 m.nt. Holtzer (<i>Media Groep Limburg</i>)	7.2.3.3

Hof Amsterdam (OK) 14 oktober 2010, <i>JAR</i> 2010/309, <i>RO</i> 2011/11 (<i>VLM I</i>)	7.2.3.1; 7.2.3.6; 7.2.3.7
Hof Amsterdam (OK) 13 januari 2011, <i>JAR</i> 2011/68 (<i>Ericsson Telecommunicatie</i>)	7.2.3.9
Hof Amsterdam (OK) 20 januari 2011, <i>JAR</i> 2011/69 m.nt. Knipschild, <i>RO</i> 2011/34 (<i>Nederlandse Patiënten Consumenten Federatie</i>)	7.2.3.3; 7.2.3.8
Hof Amsterdam (OK) 10 mei 2011, <i>JAR</i> 2011/167, <i>RO</i> 2011/50 (<i>Novio II</i>)	7.2.3.6
Hof Amsterdam (OK) 3 augustus 2011, <i>JAR</i> 2011/239 (<i>Unie KBO</i>)	7.2.3.3
Hof Amsterdam (OK) 20 februari 2013, <i>JAR</i> 2013/120 (<i>Schenker Rail Nederland</i>)	7.2.3.2

Hoven

Hof Amsterdam 27 juli 1989, <i>NJ</i> 1990/734 (<i>PUEM</i>)	7.2.3.2; 7.2.3.7; 7.2.3.8
Hof Amsterdam 20 mei 1999, <i>NJ</i> 2000/607, <i>JAR</i> 1999/146 (<i>Verzinkerij Johan Vis & Co</i>)	4.2.5.2
Hof Arnhem 15 juli 2008, <i>JOR</i> 2009/62 m.nt. Holtzer (<i>Vion Retail Groenlo</i>)	4.2.4.2

Rechtbanken

Rb. Haarlem (pres.) 19 november 1992, <i>NJ</i> 1993/794 (<i>Management Share</i>)	4.2.5.2
Rb. Zwolle (pres.) 30 januari 1995, <i>JAR</i> 1995/47 (<i>Stichting St. Franciscushof</i>)	4.2.5.2
Rb. Arnhem (pres.) 4 mei 1995, <i>KG</i> 1995/247	4.2.5.2
Rb. Almelo 28 juli 1995, <i>ROR</i> 1995, 23 (<i>Coveco</i>)	7.2.3.4
Rb. Amsterdam (vzr.) 9 september 2004, <i>JOR</i> 2004/321 m.nt. Blanco Fernández (<i>Stichting HES</i>)	4.2.4.2
Rb. Leeuwarden (vzr.) 14 oktober 2009, <i>JAR</i> 2009/281 m.nt. Knipschild (<i>Or Skewiel Trynwâlden - Stichting Zorggroep Tellens</i>)	7.5.1.1
Rb. Amsterdam (vzr.) 26 juli 2012, <i>JAR</i> 2012/235, <i>JOR</i> 2012/319 m.nt. Beltzer (<i>ING Groep</i>)	7.2.3.3

Rechtbanken, sector kanton

Ktr. Apeldoorn (vzr.) 20 juni 2008, <i>JAR</i> 2008/172, <i>JOR</i> 2008/226 m.nt. Verburg (<i>Koninklijke Wegener</i>)	4.2.5.1
Ktr. Rotterdam 3 maart 2011, <i>JAR</i> 2011/233 m.nt. Zaal (<i>Stichting Hefgroep</i>)	7.2.2

Ktr. Utrecht 23 maart 2011, *JAR* 2011/125,
RAR 2011/96 m.nt. Vogel (*FNV Bondgenoten*) 7.5.2.1
Ktr. Amsterdam 14 november 2011, *JAR* 2011/302
m.nt. Nekeman (*Telegraaf Media Groep*) 7.2.3.4; 7.5.2.1

Bundesverfassungsgericht

BverfG 1 maart 1979, BverGE 50, 290 ff, *NJW* 1979, 699 4.3.8
BVerfG 2 maart 1999, *ZIP* 1999, 410 4.3.8

Oberlandesgericht

OLG Düsseldorf 24 augustus 1982, *ZIP* 1982, 1207 4.3.5.1
OLG Düsseldorf 30 maart 2009, I-3 Wx 248/08 (www.dejure.org) 2.7.3; 3.12.2

Bundesarbeitsgericht

BAG 22 März 2000, *NZA* 2000, 1119 4.3.3.1
BAG 16 april 2003, *NZA* 2003, 1345 4.3.3.1
BAG 10 maart 2004, *NZA* 2004, 1340 4.3.3.1

Hof van Cassatie België

Hof van Cassatie 17 september 1968, Pas 1996, I, 61 4.4.2

Rechtbank België

Rb. Kh. Nijvel (voorz.) 10 april 1986, *TBH* 1986, 613 4.4.3.1
Rb. Kh. Hasselt (voorz.) 23 mei 1986, *RW* 1986, 87 4.4.3.1
Rb. Kh. Antwerpen (voorz.) 3 mei 1993, *TRV* 1996, 319 4.4.3.1
Rb. Kh. Brussel (voorz.) 13 januari 1995, *TRV* 1996, 332 m.nt. Tilleman 4.4.3.1
Rb. Kh. Verviers (voorz.) 3 juli 1998, *TBH* 1999, 585 4.4.3.1

Overige

Tribunal de Grande Instance de Paris d.d. 27 april 2007 (*Alcatel-Lucent*) 2.5.3

TREFWOORDENREGISTER

(verwezen wordt naar paragrafen)

Aanbevelingsrecht ondernemingsraad	3.4.4; 4.2.1; 4.2.3.2; 4.2.3.3; 4.2.4.1; 4.2.6.1; 5.4.3.2; 5.5.3.2; 5.5.4.3; 6.6.2; 6.2.3; 6.2.4; 6.2.6.2; 6.3.5.1
Adviesrecht ondernemingsraad	
– Benoeming bestuurders	4.2.5; 4.2.6.3; 5.4.3.2
– Fusievoorstel	7.2.3.1; 7.2.3.3; 7.2.3.5; 7.2.3.8; 7.2.3.9
Afhankelijke maatschappij	
– Nederland	4.2.3.1; 4.2.3.2; 4.2.6.1; 4.2.6.2; 5.4.4.2; 6.2.6; 6.2.6.1; 6.2.6.2
– Duitsland	4.3.6.1; 4.3.6.2
Alternatief regime	3.5.2; 3.6; 3.7.1; 5.4.5; 5.5.5; 5.6.5; 6.2.6.2; 6.2.7; 6.3
Arbeiter	4.3.3.1; 4.3.4.1
Arbeitsdirektor	4.3.2; 4.3.4.4; 4.3.5.2; 5.5.3.2; 5.5.8
Aufsichtsrat	2.7.3; 4.3.1; 4.3.2; 4.3.3.2; 4.3.3.3; 4.3.4.2; 4.3.4.3; 4.3.4.4; 4.3.5.2; 4.3.8; 5.5.3; 5.5.3.2; 5.5.4.1; 5.5.4.3; 6.3.2; 6.3.4.1
Besluit tot fusie	
– Algemene vergadering	3.4.3; 5.4.5; 7.2.3.1; 7.2.3.6
– Bestuur	7.2.3.1; 7.2.3.6
Bestuur (België)	4.4.2; 6.3.4.1
Bestuur (Nederland)	4.2.2.1; 4.2.2.2; 4.2.3.2; 4.2.3.3; 6.3.4.1;
Bestuursstructuur	
– SE	2.7.2; 3.4.4
– Nationale vennootschap	2.9.1; 3.4.4; 3.6; 3.11; 4.2.2.1; 4.2.2.2; 4.3.2; 4.4.2; 6.3.1; 6.3.4
Betriebsverfassungsgesetz	4.3.1; 4.3.3.1; 4.3.3.3; 5.5.4.2; 7.5.1.2
Bevroren status medezeggenschapssysteem	2.7.3; 3.10; 3.12.2; 6.3.6
Bijzondere onderhandelingsgroep (BOG)	
– Algemeen	2.5.3; 2.7.3; 3.7. 5.4.6; 5.5.6; 5.6.6
– Taken en bevoegdheden	3.9; 3.10.3; 5.4.6; 5.5.6; 5.6.6

Betrokkenheid (begrip)	1.8.3; 3.4.3
Buitenlandse werknemers	3.5.5; 4.2.7; 4.3.7; 4.3.8
Centrale ondernemingsraad	4.2.3.3; 4.2.4; 4.2.6.1; 4.2.6.2; 5.4.6; 7.2.2; 7.2.3.4; 7.5.1.1
Collectieve verantwoordelijkheid	4.2.2.1
Commissaris (België)	4.4.3; 4.6.3.2
Communautair concern	2.5.3; 7.3.1; 7.5.2.1
Communautaire dimensie	2.5.1; 2.5.3; 2.7.2; 2.10; 7.1; 7.3.1; 7.5.2.1; 7.5.2.2
Concernbelang	7.2.3.6; 7.2.3.9
Concernfusie	3.3.5; 5.4.2; 5.5.2; 5.6.2
Corporate governance	4.2.1; 4.2.8; 4.4.1; 4.4.5
Corporate Governance Code	4.2.2.2; 4.2.3.2
Contractmodel	2.5.3; 3.6; 7.3.1
Contractsvrijheid	3.1; 3.8.1; 3.9; 5.6.7; 2.7.3
Deelnemende vennootschap (begrip)	3.4.1
Directe benoemingsrechten	3.4.4; 3.5.4; 3.12.5; 5.4.8; 5.5.3.2; 5.5.4.3; 5.5.7; 5.6.3.1; 6.3.3
Directiecomité	4.4.2; 5.6.3.1; 6.2.1; 6.2.5; 6.3.2; 6.3.4.2;
Dochteronderneming (begrip)	3.4.1
Driehoeksfusie	3.3.5
Drittelbeteiligungsgesetz	4.3.1; 4.3.3; 4.3.6.2; 5.5.3.2; 5.5.4.1; 5.5.4.2; 5.5.4.4
Dualistische bestuursstructuur	3.4.4; 4.2.2.2; 4.3.2; 4.4.1; 4.4.2; 4.4.3; 5.4.3.2; 5.5.3.1; 5.5.3.2; 6.2.4; 6.2.5; 6.3.4.2
EVRM	6.3.3
Eigendomsrecht	5.4.8; 5.5.8; 6.3.3
Fusievoorstel	
– Verslag (toelichting)	3.4.3; 6.2.7; 7.2.1
– Deponering	7.2.3.8; 7.2.3.9
– Vormvoorschriften	7.2.3.9; 7.2.3.10
Financiële participatie	4.4.1
Geheimhouding BOG	3.7.5; 5.3.6; 5.4.6; 5.5.6
Geheimhouding ondernemingsraad	7.2.3.8
Geest van samenwerking	3.8.1; 5.4.7; 5.5.7; 5.6.7

Grensoverschrijdende fusie (begrip)	1.8.1; 3.3.4; 3.3.5; 5.4.2; 5.5.2; 5.6.2
Groepsondernemingsraad	5.4.6; 7.2.2; 7.5.1.1
Gruppenprinzip	4.3.4.2
Harmonisatietechniek	3.3.2
Hoogste aantal-doctrine	2.7.3; 3.5.4; 3.10.2; 5.4.4.3; 5.4.8; 5.5.4.3; 5.5.8; 5.6.4.3; 5.6.8; 6.2.4; 6.2.5; 6.3.1; 6.3.3; 6.3.4.1; 6.3.5.1
Internationale holding	4.2.6.1; 4.2.6.2; 4.2.7; 6.2.6
Kapitaalvennootschap (begrip)	1.8.4; 3.4.1
Leitende Angestellte	4.3.3.1; 4.3.3.2; 4.3.4.1; 4.3.4.3
Medeondernemer	7.2.3.5; 7.2.3.6; 7.2.3.7
Mehrheitswahl	4.3.4.3
Misbruik	2.7.3; 3.12.2; 5.4.9; 5.5.9; 5.6.9; 6.3.6
Mitbestimmungsgesetz	4.3.1; 4.3.4; 4.3.5.2; 4.3.6.2; 4.3.8; 5.5.3.2; 5.5.4.2; 5.5.4.4; 6.3.2
Monistische bestuursstructuur	3.4.4; 4.2.2.1; 4.2.6.1; 4.4.2; 6.2.5
Montan-Mitbestimmungsgesetz	4.3.1; 4.3.5; 4.3.8; 5.5.3.2
Nederland-constructie	4.2.6.2
Non-discriminatie	3.5.5; 4.2.7; 5.3; 5.4.4.4
Onafhankelijkheidsvereiste	6.3.5.2
Onderneming (begrip)	2.5.3; 2.6.2; 3.4.1
Ondernemingsovereenkomst	7.5.1.3
Partijautonomie (zie contractsvrijheid)	
Personenwahl (zie meerheitswahl)	
Pre fusie attest	3.12.1; 3.12.4; 7.2.3.10
Raad van commissarissen	4.2.2.2; 4.2.3.2; 4.2.3.3; 4.2.4.1; 4.2.6.1;
Rechtmatigheidstoezicht	3.12.1; 7.2.3.10
Rule of reason	2.8.1; 3.14
Societas Europaea (SE)	
– SE-Verordening	2.7; 3.6; 3.12.2; 3.13; 5.4.7; 5.4.9; 6.2.5; 6.3.4.2

– Shelf-SE	2.7.3
– Toepassing structuurregeling	4.2.3.1
SER Fusiecode	7.2.3.2
Spreekrecht	
– Algemeen	4.2.4; 4.2.6.2; 5.4.3.2; 5.4.4.3; 6.2.2; 6.2.3; 6.2.4; 7.2.4
– In concernverband	4.2.6.2; 6.2.6
Statutaire zetelleer	2.7.2; 2.8.1; 3.3.4; 5.2
Structuurregeling	
– Algemeen	4.2.2.1; 4.2.2.2; 4.2.3
– Na grensoverschrijdende fusie	4.2.3.1; 6.3.5.2
– In concernverband	4.2.6.1; 6.2.6.2
Structuurvennootschap	4.2.3.1
Teilkonzern	4.3.6.2
Toepasselijk recht	5.2
Toerekening	7.2.3.5; 7.2.3.6; 7.2.3.7
Toezichthoudend orgaan	3.2.1; 3.4.4; 3.11; 4.2.2.2; 4.2.3.2; 4.3.1; 4.3.2; 4.5; 5.6.3.2; 6.2.4; 6.3.4.2
Voor en na-beginsel	2.7.3; 3.4.2; 3.5.4; 3.10.2; 5.5.9; 5.7; 6.3.4.2; 6.4
Vennootschappelijk belang	6.3.5.2; 7.2.3.6
Vennootschappelijke medezeggenschap (begrip)	1.8.3; 4.4.4
Vereenvoudigde fusie	3.3.5
Vernietiging	3.12.4
Verzet	3.12.4; 6.2.7; 7.2.3.10
Vestiging (begrip)	2.6.2; 3.4.1; 7.2.2
Vestigingsvrijheid	2.8.1; 2.8.2; 3.14; 6.2.6.2; 6.3.4.2; 6.4
Vorstand	4.3.2; 5.5.3.2; 5.5.8
Wahlordnung	4.3.3.3; 4.3.4.3
Wet bestuur en toezicht	4.2.1; 4.2.2.1; 4.2.3.3; 4.2.6.1;
Werkelijke zetelleer	2.7.1; 2.7.2; 2.8.1; 3.3.4; 5.2; 5.6.4.1
Werknemers (begrip)	3.4.2
Zetelverplaatsing	2.8.1; 2.8.2; 2.9.2
Zusterfusie	3.3.5

LIJST VAN AFKORTINGEN

§	paragraaf
aant.	aantekening
AG	Aktiengesellschaft
A-G	Advocaat-Generaal
art.	artikel
artt.	artikelen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BOG	bijzondere onderhandelingsgroep
BV	besloten vennootschap
BVBA	besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
BVG	Bundesverfassungsgericht
BW	Burgerlijk Wetboek
c.q.	casu quo
d.d.	de dato
e.a.	en anderen
EG	Europese Gemeenschap
EEG	Europese Economische Gemeenschap
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EK	Eerste Kamer
EU	Europese Unie
EVRM	Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en fundamentele vrijheden
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
Hof	Gerechtshof
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ EG/EU	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen/Europese Unie
jo.	juncto
JAR	Jurisprudentie Arbeidsrecht
JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht
KG	Kort Geding
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
Ktr.	Kantonrechter

Losbl. Rp.	Losbladige uitgave Rechtspersonen
m.nt	met noot van
MvA	memorie van antwoord
MvT	memorie van toelichting
NAR	Nationale Arbeidsraad
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
nr.	nummer
nrs.	nummers
NV	naamloze vennootschap
OK	Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam
p.	pagina
PbEG	Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen
PbEU	Publicatieblad van de Europese Unie
P-G	procureur-generaal
Rb.	Rechtbank
red.	redactie
r.o.	rechtsoverweging
SE	Societas Europaea
SER	Sociaal-Economische Raad
SPE	Societas Privata Europaea
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
TK	Tweede Kamer
Trb.	Tractatenblad
vzr.	voorzieningenrechter
VwEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
WEOR	Wet op de Europese ondernemingsraden
WOR	Wet op de ondernemingsraden
W.Venn.	Wetboek van Vennootschappen

CURRICULUM VITAE

Femke Laagland (1979) studeerde Europees en internationaal recht in Nijmegen. Zij voltooide haar master met het *judicium cum laude*. Na afronding van haar studie was zij een aantal jaren advocaat. Sinds 2009 is Femke als docent verbonden aan de vaksectie Sociaal Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen. Zij verzorgt en coördineert onderwijsvakken in voornamelijk de masterfase. Ook is zij als docent verbonden aan het Centrum voor Postacademisch Onderwijs (CPO). In 2011 ontving zij het Frye Stipendium, een toelage voor veelbelovende vrouwelijke onderzoekers om een periode in het buitenland onderzoek te doen. Femke heeft deze toelage ingezet voor een onderzoeksperiode aan de Goethe-Universität Frankfurt en de Universiteit Gent. Zij verrichtte aan beide universiteiten onderzoek naar de wijze waarop Duitsland en België de vennootschappelijke medezeggenschap hebben geregeld en art. 16 Tiende Richtlijn hebben geïmplementeerd. In 2012 ontving Femke de Levenbachprijs voor het beste wetenschappelijke artikel geschreven door een promovendi. Femke is voorts redactiesecretaris van het tijdschrift Arbeidsrechtelijke Annotaties en redactielid van het tijdschrift Arbeid en Onderneming.

Serie vanwege het Van der Heijden Instituut te Nijmegen onder redactie van prof. mr. G. van Solinge, prof. mr. M. van Olffen, prof. mr. M.P. Nieuwe Weme en prof. mr. C.D.J. Bulten.

1. Mr. W.J.M. Noldus, Ongeldigheid van besluiten in de naamloze vennootschap (1969)
2. Mr. P.A.L.M. van der Velden, De vereniging-rechtspersoon en haar leden (1969)
3. Mr. P.R. Smits, De externe gebondenheid van het vennootschapsvermogen (1969)
4. Mr. J.A.Th.J.M. Duynstee, Beschouwingen over de stichting naar Nederlands privaatrecht (1970)
5. Mr. J.H.F.J. Cremers, Prioriteitsaandelen (1971)
6. Mr. M.M. Mendel, Het statutaire doel van de naamloze vennootschap (1971)
7. Prof. mr. W.C.L. van der Grinten, mr. W. Westbroek, prof. mr. J.M.M. Maeijer en prof. mr. P. Sanders, Het nieuwe vennootschapsrecht (1972)
8. Mr. A.M. Brenninkmeijer, Stemovereenkomsten van aandeelhouders (1973)
9. Prof. mr. W.C.L. van der Grinten, prof. mr. J.M.M. Maeijer, mr. S.J.H. Huijben en mr. A.G. Lubbers, De nieuwe structuur van de grote NV en BV (1973)
10. Prof. mr. C.Æ. Uniken Venema, Misbruik van voorwetenschap (1974)
11. Mr. A. Plate, Niet volgestorte aandelen (1974)
12. Mr. P.W.H.M. Francissen en mr. J.M. Jansen, Statuten van de grote NV en BV (1975)
13. Prof. mr. J.M.M. Maeijer, prof. dr. W. Albeda, prof. mr. W.C.L. van der Grinten en prof. drs. H.W. Lambers, Problemen bij fusie van NV en BV (1975)
14. Mr. M.J.G.C. Raaijmakers, Joint ventures (1976)
15. Mr. P.W.H.M. Francissen en mr. P.F.M. van Lierop, De ondernemingsraad (1977)
16. Prof. mr. J.M.M. Maeijer en prof. mr. J. Ronse, De vertegenwoordiging van rechtspersonen naar Nederlands en Belgisch recht (1978)
17. Mr. T.J. van der Ploeg, Het Burgerlijk Recht en de vrijwillige organisaties. Beschouwingen n.a.v. de regeling van de vereniging en de stichting in Boek 2 BW (1978)
18. Prof. mr. J.M.M. Maeijer, mr. W. Westbroek, prof. mr. W.C.L. van der Grinten en mr. Y. Scholten, Het vennootschapsrecht en de Tweede EEG-Richtlijn (1979)
19. Mr. H.J.M.N. Honée, De benoeming van commissarissen bij grote vennootschappen (1979)
20. Prof. drs. J.W. Schoonderbeek, prof. dr. W. van Bruinessen, prof. mr. J.M.M. Maeijer, prof. mr. W.C.L. van der Grinten, mr. W.J.M. Gitmans, De jaarrekening en de Vierde EEG-Richtlijn (1981)
21. Mr. H.J.M.N. Honée, Concernrecht en medezeggenschapsregelingen (1981)
22. Prof. mr. J.M.M. Maeijer, prof. mr. W.C.L. van der Grinten, prof. mr. H.J.M.N. Honée, mr. A.G. van Solinge, mr. G.M.J. Ackermans, Ondernemingsraad en Vennootschap (1982)
23. Mr. dr. P. Vlas, Rechtspersonen in het internationaal privaatrecht (1982)
24. Mr. F.K. Buijn, De oprichting van de NV en de BV (1984)
25. Prof. dr. M. Lutter, mr. W. Westbroek, prof. mr. H.J.M.N. Honée, prof. mr. J.M.M. Maeijer, mr. G.M.J. Ackermans, De besloten vennootschap (1985)
26. Prof. mr. H.J.M.N. Honée, Contacten tussen commissarissen en ondernemingsraad (1986)

27. Mr. C.A. Schwarz, Blokkering van aandelen (1986)
28. Mr. J. Lievens, prof. mr. H.J.M.N. Honée, prof. mr. W.C.L. van der Grinten, prof. mr. J.M.M. Maeijer, prof. mr. P. van Schilfgaarde, mr. drs. H. Langman, mr. J. Bloemarts, mr. G. Noordraven, mw. mr. M.J. Zeldenrust-Visch, Financiële kruisverbanden en andere aspecten van concernfinanciering (1987)
29. Mr. Th.C.M. Hendriks-Jansen, Vermogensbescherming en persoonlijke aansprakelijkheid bij de besloten vennootschap (1988)
30. Misbruik van voorwetenschap. Uitgave op initiatief van Actioma, Juridisch Faculteitsblad Katholieke Universiteit Nijmegen, ter gelegenheid van zijn 10-jarig bestaan (1989)
31. Mr. P.J. Dortmund, Enige beschouwingen rondom aandelen (1989)
32. Mr. R.P. Voogd, Statutaire beschermingsmiddelen bij beursvennootschappen (1989)
33. Mr. M.P. van Achterberg, De juridische definitie van het economische verschijnsel concern (1989)
34. Dr. K. Geens, prof. mr. W.C.L. van der Grinten, mr. R.P. Voogd, mr. A.G. van Solinge, mr. H.J.M.N. Honée, prof. mr. P.J. Dortmund, prof. mr. J.H.V. Stuyck, mr. J.A.W. Schreurs, Beschermingsconstructies (1990)
35. Mr. F.J.P. van den Ingh, Certificering en certificaat van aandeel bij de besloten vennootschap (1991)
36. Mr. G. Noordraven, De regeling van de Überschuldung (1991)
37. Prof. mr. J.M.M. Maeijer, prof. mr. drs. H. Beckman, prof. mr. S.C.J.J. Kortmann, mr. F.H.A. Arisz, mr. M.E. Engelaar, Aansprakelijkheid en draagplicht van bestuurders, commissarissen en accountants; verzekeringsaspecten (1991)
38. Mr. A. Voûte, Aandelen voor werknemers (1991)
39. Mr. H.J.M.N. Honée, prof. mr. P.J. Dortmund, mr. H.J. de Bijl Nachenius, dr. H.O.C.R. Ruding, mr. M.W. den Boogert, mr. C.W.A. Timmermans, prof. mr. H.M.N. Schonis, mw. mr. M.E. Engelaar, mr. J.A.W. Schreurs, Grensoverschrijdende samenwerking van ondernemingen (1992)
40. Mr. D.R. Doorenbos, Financieel strafrecht (1992)
41. Mr. B.C.M. Waaijer, Statuten en statutenwijziging (1993)
42. Mr. L.G.H.J. Houwen, mr. drs. A.P. Schoonbrood-Wessels, mr. J.A.W. Schreurs, Aansprakelijkheid in concernverhoudingen (1993)
43. Mr. F.J.P. van den Ingh, prof. mr. S.C.J.J. Kortmann, drs. M.J.M. Buiting, mr. N.E.D. Faber, mr. R.W.Th. Norbruis, mr. J.W. van der Staay, Converteerbare obligaties en aandelen (1993)
44. Mr. Gerard van Solinge, Grensoverschrijdende juridische fusie (1994)
45. Mr. R.J.C. van Helden, mr. O.L.O. de Witt Wijnen, mr. A.G. van Solinge, prof. mr. P.J. Dortmund, prof. mr. J.M.M. Maeijer, mr. H.J.M.N. Honée, mr. E. Boswinkel, mw. mr. J. Roest, Problemen rondom de algemene vergadering (1994)
46. Mr. M.E. Schreurs-Engelaar, Organen van de coöperatie (1995)
47. Prof. mr. J.M.M. Maeijer, prof. mr. H.M.N. Schonis, prof. dr. A.H.M. Daniels, prof. dr. P.H.J. Essers, Fiscale en civielrechtelijke aspecten van de commanditaire vennootschap (1996)

48. Mr. J. Roest, Medezeggenschap van werknemers bij financieel-economische besluiten (1996)
49. Mr. J.J.A. Hamers, Verpanding van aandelen en de beslotenheid van kapitaalvennootschappen (1996)
50. Prof. mr. J.R. Schaafsma, prof. mr. S. Perrick, mr. D.H. Cross, prof. mr. L. Timmerman, mr. F.G.B. Graaf, prof. mr. J.M.M. Maeijer, mr. H.M.L. Dings, mw. mr. J. Roest, Ontwikkelingen in het effectenverkeersrecht (1996)
51. Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 1994, Civielrechtelijke gevolgen van handelen in strijd met effectenregelgeving, prof. mr. W.C.L. van der Grinten, prof. mr. S.C.J.J. Kortmann, prof. mr. S. Perrick (1996)
52. Mr. drs. C.M. Grundmann-van de Krol, mr. F.J.P. van den Ingh, Parlementaire Geschiedenis van de Wet toezicht effectenverkeer 1995 (1996)
53. Mr. M.A. Blom, Prospectusaansprakelijkheid van de lead manager (1996)
54. Mr. J.W. Bellingwout, Zetelverplaatsing van rechtspersonen (1996)
55. Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 1996, Bewaring en eigendom van effecten, mr. W.A.K. Rank, mr. E.M. van Ardenne-Stachiw, mr. Ch.W. le Rûtte (1997)
56. Mr. Y.L.L.A.M. Delfos-Roy, Informatieverstrekking en informatievergaring in het kader van de toezichthoudende en raadgevende taak van de Raad van Commissarissen (1997)
57. Maeijers belangstellingen. Prof. mr. F.J.P. van den Ingh, prof. mr. C.A. Schwarz, prof. mr. H.J.M.N. Honée, prof. mr. P. van Schilfgaarde, prof. mr. M.M. Mendel, prof. mr. M.J.G.C. Raaijmakers, prof. mr. T.J. van der Ploeg, prof. mr. A.L. Mohr, prof. dr. W. van Gerven, prof. dr. K. Geens, prof. mr. J.M.M. Maeijer (1997)
58. Lustrumbundel Vereniging voor Effectenrecht 1997, De opkomst van een rechtsgebied, mr. R.I.V.F. Bertrams, mr. S.A. Boele, mr. D.H. Cross, prof. mr. S.E. Eisma, mr. C.M. Grundmann-van de Krol, mr. W. de Jong, mr. A.F.J.A. Leijten, mr. A. Nederveen, prof. mr. M.J.G.C. Raaijmakers, prof. mr. W.A.K. Rank, mr. V.P.G. de Serière, prof. mr. W.J. Slagter, prof. mr. L. Timmerman, mr. L.J.K. Vincent (1997)
59. Prof. mr. F.J.P. van den Ingh, prof. mr. G. van Solinge, prof. mr. J.M.M. Maeijer, Drie Nijmeegse redes, Beschouwingen over financiering, enquêterecht en privatisering (1998)
60. Mr. H.M.L. Dings, De commissie van aandeelhouders bij structuurvennootschappen (1998)
61. Preadviezen voor de Vereniging voor Effectenrecht 1999, Aspecten van toezicht, Beschouwingen over het toezicht op de financiële sector, mr. H.G. van Everdingen, mr. drs. C.M. Grundmann-van de Krol, mr. H.J. Sachse (1999)
62. Conflicten rondom de rechtspersoon, mr. A.F.J.A. Leijten, prof. mr. L. Timmerman, mr. J.H.M. Willems, mr. R.A.A. Duk, prof. mr. G. van Solinge, prof. mr. P.J. Dortmond, mr. O.L.O. de Witt Wijnen (2000)
63. Preadviezen voor de Vereniging voor Effectenrecht 2000, Beleggingsinstellingen nader belicht, mr. drs. N.V. Ponsen, mr. P. Klemann (2000)
64. Prof. mr. M. van Olffen, Beschermingsmaatregelen in de 21e eeuw (2000)

65. Voorkennis, toezicht en boetes in nieuwe financiële wetgeving, mr. D.R. Doorenbos, prof. mr. N.S.J. Koeman, mr. A.W.H. Docters van Leeuwen, mr. A.J. Macro, mr. H.J. Sachse, drs. ing. C. Maas, mr. D.J.R. Lemstra (2000)
66. Preadviezen voor de Vereniging voor Effectenrecht 2001, Effectenverkeer via internet. Een tussenstand vanuit effectenrechtelijk perspectief, drs. E.F. Feitsma, mr. V.N.G. van Leeuwen, mr. L.A.G. Moelker, mr. W. de Jong (2001)
67. Verspreide Geschriften van E.J.J. van der Heijden. Verzameld door C.J.H. Jansen en G. van Solinge (2001)
68. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2001-2002, onder redactie van prof. mr. G. van Solinge en mr. M. Holtzer (2002)
69. Concernverhoudingen, prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. F.J.P. van den Ingh, mr. S.M. Bartman, mr. L.G. Verburg, mr. M.L. Lennarts, prof. mr. M.J.A. van Mourik, mr. D.R. Doorenbos, prof. mr. M. van Olffen (2002)
70. Preadvis voor de Vereniging voor Effectenrecht 2002, De afwikkeling van grensoverschrijdende effectentransacties, mr. B.M. van Beek en mr. D. van Bruggen (2002)
71. Lustrumbundel Vereniging voor Effectenrecht 2002, Een bewezen bestaansrecht (2002)
72. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2002-2003, onder redactie van prof. mr. G. van Solinge en mr. M. Holtzer (2003)
73. Mr. M.S. Koppert-van Beek, Handelen namens een op te richten vennootschap (2003)
74. Personenvennootschappen, prof. mr. G. van Solinge, prof. mr. P.J. Dortmond, prof. mr. J.M.M. Maeijer, mr. J.A.M. ten Berg, prof. mr. M. van Olffen, prof. mr. M.J.A. van Mourik, prof. mr. A.L. Mohr en prof. mr. H.M.N. Schonis (2003)
75. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2003-2004, onder redactie van prof. mr. G. van Solinge en mr. M. Holtzer (2004)
76. De werknemer in het ondernemingsrecht, prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. G. van Solinge, mr. P.A.M. Witteveen, prof. mr. L.C.J. Sprengers, mr. G.N.H. Kemperink, mr. D.C. Buijs, mr. R.M. Beltzer, mr. F.B.J. Grapperhaus, prof. mr. I.P. Asscher-Vonk, mr. R.A.A. Duk (2004)
77. Verspreide Geschriften van W.C.L. van der Grinten. Verzameld en ingeleid door C.J.H. Jansen, S.C.J.J. Kortmann en G. van Solinge (2004)
78. Mr. J.M. Blanco Fernández, mr. M. Holtzer, prof. mr. G. van Solinge, Richtlijnen voor de onderzoeker in enquêteprocedures (2004)
79. Mr. J.J. Prinsen, Converteerbare obligaties (2004)
80. Mr. M.P. Nieuwe Weme, Het verplicht bod op effecten (2004)
81. Preadvis voor de Vereniging voor Effectenrecht 2004. Voorstel van Wet op het financieel toezicht, mr. J.M. van Dijk en mr. H.V. Oppelaar (2004)
82. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2004-2005, onder redactie van prof. mr. G. van Solinge, mr. M. Holtzer en mr. A.F.J.A. Leijten (2005)
83. Mr. G.J.C. Rensen, Extra-verplichtingen van leden en aandeelhouders (2005)
84. Mr. E.C. Bos, Vruchtgebruik op aandelen (2005)
85. Prof. mr. F.J.P. van den Ingh, mr. R.G.J. Nowak, Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht, deel I. De pre-parlementaire geschiedenis (2006)

86. Mr. R.G.J. Nowak, A.M. Mennens, Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht, deel II. De parlementaire geschiedenis (2012)
87. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2005-2006, onder redactie van mr. M. Holtzer, mr. A.F.J.A. Leijten en mr. D.J. Oranje (2006)
88. De financiering van de onderneming, prof. mr. G. van Solinge, prof. mr. H. Beckman, prof. mr. F.J.P. van den Ingh, prof. mr. H.J. de Kluiver, mr. R.J. Abendroth, prof. mr. H.M.N. Schonis, prof. mr. M. van Olffen, mr. V.P.G. de Serière, prof. dr. R.J.M. Dassen RA (2006)
89. Mr. H. ten Voorde, Deponering, publicatie en verzet (2006)
90. Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2006, De geïnformeerde consument, mr. F.M.A. 't Hart en prof. mr. C.E. Du Perron (2006)
91. Mr. drs. B.J. de Jong, prof. mr. drs. M.P. Nieuwe Weme, Publicatie van de jaarrekening (2006)
92. Mr. P.J. van der Korst, Bedrijfsgeheimen en transparantieplichten (2007)
93. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2006-2007, onder redactie van mr. M. Holtzer, mr. A.F.J.A. Leijten en mr. D.J. Oranje (2007)
94. Mr. J.M. Blanco Fernández, prof. mr. M. van Olffen, Rechtsvorm en gebruik van LLP's en LLC's (2007)
95. Lustrumbundel Vereniging voor Effectenrecht 2007, Bouwen en bezinning (2007)
96. Mr. P.J. van der Korst, prof. mr. M.P. Nieuwe Weme, prof. mr. G. van Solinge, Delegatie van emissiebevoegdheid (2008)
97. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2007-2008, onder redactie van mr. M. Holtzer, mr. A.F.J.A. Leijten en mr. D.J. Oranje (2008)
98. Flexibele rechtsvormen, prof. mr. J.M.M. Maeijer, prof. mr. H.J. De Kluiver, prof. mr. D.F.M.M. Zaman, mr. J.M. Blanco Fernández, prof. mr. P.J. Dortmund, prof. mr. A.L. Mohr, mr. J.H.M. Willems, prof. mr. M. van Olffen (2008)
99. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2008-2009, onder redactie van mr. M. Holtzer, mr. A.F.J.A. Leijten en mr. D.J. Oranje (2009)
100. Verspreide geschriften van J.M.M. Maeijer. Verzameld en ingeleid door C.D.J. Bulten, C.J.H. Jansen en G. van Solinge (2009)
101. Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2009, Financieel toezicht in bestuursrecht en privaatrecht, A.H. Scheltema en M. Scheltema (2009)
102. Willems' wegen, Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H.M. Willems ter gelegenheid van zijn terugtreden als voorzitter van de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam, onder redactie van mr. K.M. van Hassel en prof. mr. M.P. Nieuwe Weme (2010)
103. B.J. de Jong, Schade door misleiding op de effectenmarkt (2010)
104. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2009-2010, onder redactie van mr. M. Holtzer, mr. A.F.J.A. Leijten en mr. D.J. Oranje (2010)
105. Geschillen in de vennootschap, prof. mr. G. van Solinge, prof. mr. H.J. de Kluiver, mr. M.W. Josephus Jitta, mr. P.D. Olden, prof. mr. S.C.J.J. Kortmann, prof. mr. C.J.M. Klaassen, prof. mr. M.J. Kroeze, prof. mr. M.W. den Boogert, mr. drs. A.R.J. Croiset van Uchelen, mr. P.N. Wakkie, prof. mr. J.H.M. Willems (2010)

106. Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2010, Oneerlijke handelspraktijken en handhaving van consumentenbescherming in de financiële sector, mr. C.W.M. Lieveise, prof. mr. J.G.J. Rinkes (2010)
107. G.T.J. Hoff, Openbaarmaking van koersgevoelige informatie (2011)
108. C.D.J. Bulten, De geschillenregeling ten gronde (2011)
109. H.J.M.M. van Boxel, Grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen naar Nederlands recht (2011)
110. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2010-2011, onder redactie van mr. M. Holtzer, mr. A.F.J.A. Leijten en mr. D.J. Oranje (2011)
111. Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2011, Regulering van de otc-derivatenmarkten in de EU en de VS, mr. F.G.B. Graaf en mr. R.A. Stegeman (2011)
112. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2011-2012, onder redactie van mr. M. Holtzer, mr. A.F.J.A. Leijten en mr. D.J. Oranje (2012)
113. Lustrumbundel Vereniging voor effectenrecht 2012, Gedurfde essays over financieel toezichtrecht (2012)
114. Relativering van rechtspersoonlijkheid, prof. mr. G. van Solinge, prof. mr. C.D.J. Bulten, prof. mr. M.J. Kroeze, mr. D.A.H.W.M. Strik, prof. mr. S.C.J.J. Kortmann, prof. mr. M. van Olffen, prof. mr. H-J de Kluiver, mr. D.F. Lunsingh Scheurleer, mr. J.H. Lemstra (2012)
115. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2012-2013, onder redactie van mr. M. Holtzer, mr. A.F.J.A. Leijten en mr. D.J. Oranje (2013)
116. R.A. Wolf, De kapitaalverschaffer zonder stemrecht in de BV (2013)
117. J.J.M. van Mierlo, Medezeggenschap en de spanning tussen WOR en Ondernemingsrecht (2013)
118. Preadvies voor de Vereniging voor Financieel Recht 2013, Vijf jaar Wet op het financieel toezicht, prof. dr. E.P.M. Joosen en prof. mr. R.P. Raas (2013)
119. F.G. Laagland, De rol van Nederlandse werknemers(vertegenwoordigers) bij een grensoverschrijdende juridische fusie (2013)